Der Einfluß eines mangelhaften Angebots auf die Annahmelast des Gläubigers

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät an der
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Breisgau)
vorgelegt von

Dettloff von Simson
Kammergerichtsreferendar
aus Berlin

1932

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen KG., Ohlau i. Schl.

Referent: Professor Dr. Heinrich Hoeniger.

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Breisgau)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Meinen Eltern!

Literaturverzeichnis.

Adler: Beiträge zum Rechte der Gewährleistung, in ZfgHR., 75/453 ff. und in Grünhuts Z. f. pr. u. öff. Recht der Gegenwart 39.

Betzinger: Berührungspunkte zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen, der Anfechtung wegen Irrtums und der Kondiktion, in „Recht" 1903/276.

Breit, James: Das Vinculationsgeschäft, Tübingen 1908.

Buchka, Gerh. v.: Die indirekte Verpflichtung zur Leistung, Leipzig 1904.

Cosack, K.: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., Jena 1927.

Crome, K.: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.

Danz: Ueber das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB., in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogm. d. bg. R., Bd. 46/381.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. 1906—1910.

— System des Römischen Rechts, 8. Aufl. (Sokolowski), II., Berlin 1912.

— Preußisches Privatrecht, I und II, Halle 1896.

Dernburg-Raape: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1915.

Dörr: Die Haftung des Verkäufers für die Fehler der Sache, in LZ. 1918/888.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 1899, 1910 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, 9. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 28.—30. Aufl., Marburg 1928, II. 31.—35. Tausend, H. 1. Marburg 1930.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht III, Leipzig 1905.

Gmelin: Zur Rechtsprechung über die „wesentlichen Eigenschaften" im Sinne des § 119 BGB., in „Recht" 07/748.

Haymann: Anfechtung und Sachmängelhaftung usw. beim Kauf, Vortr. 1913.
Hirsch, P.: Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug 1895.
Hoeniger, V.: Lieferung mangelhafter Ware nach eingetretenem Lieferungsverzuge in LZ. 1911/578.
Hohenstein: Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers in Arch.Bg.R. 25/69 ff.
Jacobi: Die Abnahmepflicht des Käufers in Iher.Jb.f.Dogm. 45/259 ff.
Kiehl: Zu einigen Streitfragen bmei Kauf und über die Haftung des Verkäufers für die Arglist seines Vermittlers sowie Vertreters bei Gelegenheit des Kaufabschlusses, in JW. 1914/497.
Kipp, Theodor: Ueber Doppelwirkungen im Recht, in Festschrift für Martitz, Berlin 1911.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, Berlin 1906.
— Der Gläubigerverzug, in Arch.Bg.R. 13/149 ff., Iher.Jb. 17/261—424.
— Spiel und Wette, in Arch.Bg.R. 25/1 ff.
Krückmann: Spruchrecht, Heft 4, Köln 1908.
— Zur Gewährleistungspflicht, in LZ. 1915/1351, 1559.
— Die Alternative zwischen Gewährschaft und Anfechtung, in Arch. Ziv. Pr. 101/393.
Landsberg, Ernst: Das Recht des BGB., I, 1904.
Lehmann, Karl: Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem BGB. und dem HGB., n DJZ. 02/491 ff.
Lent, Friedrich: Die Gesetzeskonkurrenz, I, Leipzig 1912.
Makower, H.: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Berlin, 1900—1907.
Martin, Karl: Die Mängelhaftung beim Kauf von Wertpapieren, Diss. Göttingen 1930.
Matthiass, B.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6.—7. Aufl., 1914.
Meisner, J.' Das Recht der Schuldverhältnisse, 1908.
Oertmann: Kommentar zum BGB., 5. Aufl., Berlin, 1929.
— in Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsr., 1918, IV.
Planck: Kommentar zum BGB., 4. Aufl., Berlin 1923 ff.
Reichel: Die Schuldmitübernahme, München 1910.
Reichsgerichtsräte, varii: Kommentar zum BGB., 6. Aufl. 1928.

Romeick: Zur Technik des BGB., Heft I.
Rosenberg: Der Verzug des Gläubigers in Iher.Jb. 43/141.
Roth, A.: Gewährleistung wegen Sachmängel beim Spezieskauf in JW. 1913/1081.
Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
Schey: Begriff und Wesen der mora creditoris, 1884.
Schmidt: Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kauf in ihrem Verhältnis zueinander, Bonner Diss. 1910.
— Gesetzeskonkurrenz.
Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kaufe. in Iher.Jb. 49/93 ff.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903.
Staub, (Könige, Pinner, Bondi): Kommentar zum HGB., 6.—7. Aufl., 10. Aufl. 1920, 12.—13. Aufl. 1929.
Staudinger: Kommentar zum BGB., II., 9. Aufl. 1929.
Striebinger: Der Begriff der Abnahme beim Kauf, Diss. Erlangen 1906, Buchform München 1906.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht, 1900.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., indem, 9. Aufl. 1906, bearbeitet von Th. Kipp.
Wolff: Sachmängel beim Kauf, in Iher.Jb. 56/1 ff.

Rechtsprechung.

der Oberlandesgerichte (Mugdan Falkmann),
des Reichsgerichts,
des Reichsoberhandelsgerichts.

Materialien.

Reichtagsvorlage (R),
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum BGB. (Prot) Bd. I.
Motive zum Entwurfe (I) eines BGB. (Mot) Bd. II.
Erste Lesung 1888 (E I).
Zweite Lesugn 1892 (E II).
Revidierter Entwurf Zweiter Lesung, wie er unter dem 22. Oktober 1895 dem Bundesrat übersandt wurde (B).
Entwurf zum Reichsstrafgesetzbuch 1927.

Einteilung.

Seite

A. Vorbemerkung 1

B. Erster Abschnitt:

Einleitung

1. Der Gläubigerverzug im BGB., PrALR. und im gemeinen Recht 1
2. Der Unterschied zwischen Pflichten und Lasten
   a) seine Darstellung 3
   b) seine Folgen für das Verzugsrecht . . . 5
   c) Verhältnis von Schuldner- und Gläubigerverzug . 7
   d) Gegenseitige Verträge und Lastbegriff . . . 8

C. Zweiter Abschnitt:

Entwicklungsgeschichte des Lastbegriffs

1. Kohlers Lehre und ihre Wirkungen 11
2. Notwendigkeit des Lastbegriffs . . . .
3. Parallelfälle . . . . . .
   a) die optio legata 14
   b) der Spezifikationskauf 15
4. Die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts .
5. Quellen der Kohlerschen Lehre 16

D. Dritter Abschnitt:

Der Lastbegriff im geltenden Recht, insbesondere in seinem Verhältnis zur Abnahmepflicht des Käufers

1. Die Stellung des Gläubigers der Leistungspflicht . . 19
2. Kritik der Kohlerschen Lehre 20
3. Das Lastprinzip im geltenden Recht 23
4. Die Abnahmepflicht des Käufers 25
5. Kohlers Auffassung der Abnahmepflicht . . . 26
6. Die heutige Lehre 27
7. Abnahme und Annahme (Hohenstein) . . . 29
8. Inhalt der Abnahmepflicht 31
9. Der Begriff Ablieferung 34
10. Komplemente 36
11. Abnahme- und Annahmeverzug . . . .

E. Vierter Abschnitt:

Der Einfluß eines mangelhaften Angebots auf die Annahmelast

1. Vorbemerkung: Gläubigerverzug und Unmöglichkeit, insbesondere Kaskels Theorie 38
2. Lastprinzip und Mängelhaftung 40
3. Mangelhaftes Angebot und Vertragsmäßigkeit . . 41
4. Was ist anzubieten? . . . . . .
   a) beim Spezieskauf 42
   b) beim Gattungskauf 45
5. Ergebnis 51

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den Grundgedanken des Gläubigerverzugsrechts und mit ihrer Anwendung auf den Fall des Angebots einer mangelhaften Sache. Bei der Darstellung dieser Grundgedanken mußte im Wesentlichen auf die Arbeiten zurückgegriffen werden, die auch schon die Schöpfer des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor sich sahen. Die dem geltenden Rechte gewidmete Literatur hat zu den damals strittigen Fragen keine neuen Beiträge geliefert, vielleicht deshalb, weil man glaubte, die wesentlichen Kontroversen seien durch das Gesetz in dem einen oder anderen Sinne entschieden. Das ist auch der Fall, aber als Folge der gesetzlichen Stellungnahme tauchen neue Probleme der Rechtslogik auf, die systematischer Lösung harren. Hierzu einen Beitrag zu liefern, war das Ziel dieser Arbeit, die sich allerdings damit begnügen mußte, nur in einer einzigen Richtung vorzugehen. Die Dogmatik des Gläubigerverzugsrechts in seiner neuen Gestalt hat noch keine Geschichte, wie die des Kaufrechtes. Erst die Anwendung der Grundideen auf dieses letztere ermöglicht daher die Herbeiziehung der Lehr- und Kommentarliteratur, während die Entwicklung der Grundlagen selbst auf Kohlers Forschungen und auf ihre Kritik angewiesen bleibt. —

*

Nach § 293 BGB. kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Vor Einführung des BGB. herrschte Streit darüber, ob das Eintreten des Gläubigerverzuges noch von einem weiteren Erfordernis, dem des Verschuldens, abhängig zu machen sei. Für das gemeine Recht war die Frage bestritten, die Meinung, die Verschulden forderte, herrschte aber vor. Das Preußische Allgemeine Landrecht ließ die Folgen des Gläubigerverzuges nur eintreten, wenn der Käufer „den Verzug der Uebergabe verschuldet", „durch seine Schuld die Uebergabe verzögert" hatte, oder wenn er „auch nur durch ein mäßiges Versehen Schuld daran" war, „daß die Sache nicht zu gehöriger Zeit von ihm übernommen worden".

Dadurch, daß das BGB. im Gegensatz dazu von einem Verschulden des Gläubigers als Voraussetzung des Gläubigerverzuges ausdrücklich absieht, kommt dieser zu der systematischen Abgrenzung vom Schuldnerverzuge, die ihn heute auszeichnet. Der Tatbestand, den das PrALR. und die herrschende Lehre des gemeinen Rechtes dem Gläubigerverzuge zu Grunde legte, bedeutete in gleicher Weise wie der des Schuldnerverzuges einen zu vertretenden Verstoß gegen Vertragspflichten. Kam die Erfüllung nicht zustande und traf dabei ein Verschulden des Schuldners mit einem solchen des Gläubigers zusammen, so bestanden keine Bedenken gegen die Anwendung der Grundsätze über die Kompensation eines solchen konkurrierenden Verschuldens. Selbst da, wo eine Kompensation im Sinne des heutigen § 254 BGB. deshalb nicht in Frage kam, weil für die Entstehung des Schadens nur das Verhalten des Gläubigers gewirkt hatte, während das den Schuldner treffende Verschulden mit dem Schaden nicht in ursächlichem Zusammenhange stand, selbst in einem solchen Falle konnte unbedenklich ein Ausgleich ins Auge gefaßt werden. Der nächste Weg hierzu hätte wohl darin bestanden, dem Schuldner die Geltendmachung des Schadens als dolos zu verwehren. Die Frage, deren Untersuchung die vorliegende Arbeit dienen soll, nimmt daher in der gemeinrechtlichen Literatur keine Stellung ein, sie konnte sich zu einem systematischen Problem nicht entwickeln.

Anders liegt es nach dem nun geltenden Rechte. Die wesentliche Aenderung der Vorschriften über den Gläubigerverzug war namentlich eine Folge der Arbeiten von Joseph Kohler. Dieser hatte in einer eingehenden Untersuchung (Ih. Jb. f. Dogm. 17. Bd. S. 261—424, im Folgenden kurz I genannt) dargelegt, daß dem Begriff der mora creditoris das Verschulden fremd sei. Wir werden weiter unten auf die Gedanken, die dieser Untersuchung zu Grunde lagen, näher einzugehen haben.

Kohler errang mit seinen Gedankengängen einen gesetzgeberischen Sieg jedenfalls insoweit, als in das BGB. das Erfordernis des Verschuldens nicht aufgenommen wurde. Vom Standpunkt eines solchen Sieges entwickelte er in einer zweiten Arbeit eine Reihe von weiteren Ideen zur Frage des Gläubigerverzuges, die als authentische Interpretation wenn

auch nicht des Gesetzes, so doch der diesem zu Grunde liegenden Gedanken gelten darf. (Arch. f. BürgR. 13. Bd. S. 149 ff., im Folgenden kurz II genannt.)

Das geschilderte Schicksal der Vorschriften über den Gläubigerverzug bringt es mit sich, daß von allen wissenschaftlichen Abhandlungen, die sich auf das gemeine Recht beziehen, nichts mehr auf das heutige Recht anzuwenden ist. Die ausführlichen Untersuchungen, die Kohler in II angestellt hat, sind zu einem abgeschlossenen Systeme nicht gediehen. Es wird aber möglich sein, die Einzelfälle, die Kohler kritisch bespricht, zu einem System zusammenzufassen und daraus die Obersätze zu gewinnen, von denen Kohler ausging. Es wird sich dabei erweisen, daß die heutige Rechtslehre über die Forderungen Kohlers hinausgegangen ist und worin die Ursache dieser Erscheinung liegt. Es soll nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, an Hand der Lehrbücher und Kommentare des geltenden Rechts einzelne Meinungen und Lehren gegenüberzustellen. Die für unsere Untersuchung heranzuziehenden Grundsätze sind heute im Allgemeinen nicht mehr bestritten. Es bleibt zunächst festzustellen, wieweit es dieselben sind, die zur Umgestaltung der Lehre vom Gläubigerverzuge führten, und wieweit auch sie aus den gleichen Quellen hervorgehen wie jene.

Die Unterscheidung zwischen Schuldner- und Gläubigerpflichten ist heute wohl allgemein als notwendiger Bestandteil des Obligationenrechtes anerkannt. Man betrachtet als Schuldnerpflichten solche, auf deren Erfüllung ein berechtigter Teil Anspruch hat. In der Regel wird dieser Anspruch im Wege der Zivilklage zu verfolgen sein. Bei den sogenannten Naturalobligationen ist die Klage nicht aus systematischen Gründen ausgeschlossen, sondern aus praktischen Rücksichten, die die Natur des Anspruches unberührt lassen. (Vgl. hierzu Kohler, Arch. f. bg. R. Bd. 25, S. 1 ff.)[1])

So hat beispielsweise der Verkäufer einer Sache die Pflicht, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Demgegenüber hat der Käufer die Pflicht, dem Verkäufer den vereinbarten

[1]) Das BGB. trifft die Regelung, daß durch Spiel- oder Wettvertrag eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, ohne daß deshalb das auf Grund solcher Verträge Geleistete zurückgefordert werden könnte. Danach könnte man im geltenden Recht den Ausdruck Natural-„obligation" eigentlich nicht mehr verwenden.

Kaufpreis zu zahlen und ihm die gekaufte Sache abzunehmen. Beides sind geschuldete Leistungen, auf deren Bewirkung der Berechtigte einen Anspruch hat.

Auf der anderen Seite stehen Handlungen, die jemand bewirken muß, um Rechtsnachteile zu vermeiden, die aber kein Berechtigter im Klagewege erzwingen kann, denen ein Berechtigter vielleicht überhaupt nicht gegenübersteht. Ist zum Beispiel bei der Herstellung eines Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer nicht ohne weiteres auf Vornahme der Handlung klagen. Unterläßt der Besteller die Handlung, so kann der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen und in der Folge den Vertrag mit der Wirkung kündigen, daß er als aufgehoben gilt, wenn nicht die Nachholung der Handlung bis zum Ablaufe einer bestimmten Frist erfolgt. (§§ 642, 643 BGB.) Setzt sich der Besteller diesen Rechtsnachteilen aus, so braucht er die Handlung nicht vorzunehmen. Man bezeichnet solche Gläubigerpflichten häufig nicht als „Pflichten", sondern als „Lasten", verwendet auch vielfach den Ausdruck „Obliegenheiten", der an sich einwandfrei und namentlich im Versicherungsrecht sehr üblich ist. Das BGB. gebraucht indessen das Wort „obliegende Leistung" auch im Hinblick auf Schuldnerpflichten (§§ 320 ff.), sodaß wir uns hier durchgehend des Ausdrucks „Last" bedienen. Es verhält sich mit den hier gemeinten „Lasten" ähnlich wie mit der (materiellen!) Beweislast, von der z. B. § 363 BGB. spricht. Auch die Beweislast ist nicht eine Pflicht in dem Sinne, daß der Betroffene gezwungen werden könnte, ihr zu genügen. Die Nichterfüllung ist vielmehr lediglich von Rechtsnachteilen begleitet, der „Berechtigte", der Gegner des Belasteten, hat eher ein Interesse daran, daß der Last nicht genügt wird. Die Unterscheidung zwischen Pflicht und Last entspricht daher durchaus einer wirklichen Verschiedenheit. Daß sie sich, wie wir weiter unten sehen werden, so wenig durchgesetzt hat, hat vielleicht einen wesentlichen Grund darin, daß es kein geläufiges Wort in der deutschen Sprache gibt, das dem Ausdruck „—pflichtig" in Bezug auf „Last" entspräche. Deshalb sagt man „beweispflichtig" statt „beweisbelastet", womit eine Unklarheit unterstützt wird, die zu beseitigen Voraussetzung für eine richtige Auffassung der Gläubigerverzugslehre ist.

Es kann und wird häufig so sein, daß den Gläubiger auch Pflichten, nicht nur Lasten treffen. Im Hinblick auf diese Pflichten ist der Gläubiger dann Schuldner. E r schuldet ebenfalls etwas aus dem Vertrage, wenn auch die Hauptverbindlichkeit seinen Partner trifft. Eine Verletzung dieser Pflichten kann er nur in seiner Eigenschaft als Schuldner, nicht in seiner Eigenschaft als Gläubiger begehen. Mit anderen Worten: ein Gläubiger kann nie als Gläubiger (auf Vornahme einer ihm zur Last fallenden Handlung) verklagt werden, ein Anspruch kann sich stets nur gegen einen Schuldner richten. Trifft den Gläubiger eine klagbare Verbindlichkeit, so ist er eben deren Schuldner. Die Lasten dagegen treffen ihn nicht in seiner Eigenschaft als Schuldner, sondern gerade in der als Gläubiger. Nur diese Lasten sind der Gläubigersphäre angehörig[1]).

Aus der geschilderten Unterscheidung zwischen Pflichten und Lasten ergeben sich für das Verzugsrecht wichtige Folgen. Wird eine Schuldnerpflicht verletzt, so tritt Schuldnerverzug ein, wenn die Pflichtverletzung das Unterbleiben der Leistung zur Folge hat. Der Schuldner kommt aber nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. (§ 285 BGB.) Es genügt also nicht, daß die Leistung, zu der der Schuldner verpflichtet ist, unterbleibt, sondern es muß außerdem noch ein Verschulden des Schuldners vorliegen. Für unsere Begriffe ergibt sich dieses Erfordernis schon aus der Vorstellung einer Pflichtverletzung, die ein subjektives Moment enthält. Auf diesem Standpunkt stehen nicht alle Rechtsordnungen. Im englischen Privatrecht ist die umgekehrte Regelung vorgenommen: der Schuldner haftet unabhängig vom Verschulden, der Gläubiger dagegen nur bei schuldhaftem Verhalten.

Die Vorschriften des BGB. lassen es bei dem Erfordernis des Verschuldens nicht bewenden, sondern verlangen noch Mahnung und Fristsetzung zur Herbeiführung des Schuldner-

[1]) Die konsequente Durchführung dieser Begriffe ist de lege ferenda wünschenswert. Das BGB. läßt es daran fehlen, dem HGB. liegt sie noch ferner. Man wird sich fragen, wie es kommt, daß die Regelung der Gläubigerverzugsvorschriften mit den entwickelten Grundsätzen übereinstimmt, ohne daß diese Grundsätze sonst im Schuldrecht Boden gewonnen haben. Die Erklärung liegt zu Tage, wenn man den Materialien nachgeht, wie das weiter unten geschehen wird.

verzuges. Dies letztere begründet indessen keinen systematischen Unterschied vom Gläubigerverzug. Es handelt sich dabei vielmehr lediglich um formelle Erfordernisse. Der Mahnung und Fristsetzung beim Schuldnerverzug mag dabei etwa das Anbieten der Sache beim Gläubigerverzug entsprechen.

Die Stellung des Gläubigers ist nach dem Gesagten teils günstiger, teils ungünstiger als die des Schuldners. Erfüllt der Gläubiger eine ihm obliegende Last nicht, so treten die Rechtsnachteile ein, ohne daß es darauf ankäme, ob diese Nichterfüllung vom Gläubiger zu vertreten ist oder nicht. Der Gläubiger ist also insofern besser gestellt als der Schuldner, als seine Leistung nicht erzwungen werden kann, andererseits ist er dadurch benachteiligt, daß ihm, für den Fall des Ausbleibens der Leistung, keine Exculpationsmöglichkeit zur Verfügung steht. Daß auch dem Schuldner die Exculpationsmöglichkeit bei der Gattungsschuld fehlt, (§ 279 BGB.), ist eine Vorschrift, die nicht dem Verzugsrechte, sondern der Unmöglichkeitslehre entstammt. Die Folgen, die diese Vorschrift für das Verzugsrecht hat, werden weiter unten dargestellt werden.

Es fragt sich, welche Lage eintritt, wenn sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger die Verzögerung der Erfüllung herbeiführen.

Der Schuldner muß, um den Gläubiger in Verzug setzen zu können, bestimmte Bedingungen schaffen. Der Regelfall, den das Gesetz zunächst im Auge hat, ist der des § 294 BGB. Hier ist bestimmt, daß die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden muß. Diese Fassung ist im Laufe der Vorarbeiten zum BGB. mehrfach geändert worden, ohne daß der Sinn streitig gewesen wäre. In E I § 255 hieß es:

> Zur Wirksamkeit des Anbietens ist erforderlich, daß dem Gläubiger die Leistung so, wie sie dem Schuldner nach dem Schuldverhältnisse obliegt, insbesondere auch zur gehörigen Zeit und am gehörigen Orte nicht bloß wörtlich, sondern tatsächlich angeboten wird.

E II § 250 lautete:

> Zur Wirksamkeit des Angebotes ist erforderlich, daß die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten wird.

B 288 und R 288 stimmten wörtlich mit dem jetzigen § 294 BGB. überein.

Aus dem dieser Vorschrift zu Grunde liegenden Gedanken ergibt sich, daß ein gleichzeitiger Schuldner- und Gläubigerverzug auf verschiedenen Seiten nicht möglich ist. Denn wenn der Schuldner die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich anbietet, so kann er in Bezug auf diese Leistung nicht in Verzug kommen. Bietet der Schuldner andererseits die Leistung nicht oder nicht so, wie sie zu bewirken ist, an, so entfällt die Voraussetzung des Gläubigerverzuges.

Auch in dem Fall, daß schon vor dem Angebot feststeht, daß der Gläubiger die Sache nicht annehmen wird, ist es nicht anders. Nach § 295 BGB. genügt dann ein wörtliches Angebot des Schuldners. Das Gleiche gilt, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist und der Gläubiger erklärt, die Handlung nicht vornehmen zu wollen, oder wenn er sie auf Aufforderung nicht vornimmt. Allerdings muß dem wörtlichen Angebot des Schuldners die Bereitschaft entsprechen, die Leistung zu bewirken. Ist der Schuldner aber bereit, die Leistung zu bewirken und erklärt er dem Gläubiger diese Bereitschaft, so kann er nicht in Verzug kommen. Ist er andererseits nicht bereit, die Leistung zu bewirken, so fehlt es wiederum an der unerläßlichen Voraussetzung des Gläubigerverzuges.

Es ist also, wie man sieht, ein Zusammentreffen von Schuldner- und Gläubigerverzug in Bezug auf dieselbe Leistung auf verschiedenen Seiten nicht möglich, da die Bedingungen, unter denen der eine oder der andere eintritt, sich gegenseitig ausschließen. Gläubigerverzug kann nur dann eintreten, wenn der Schuldner sich in einer Weise betätigt hat, die den Schuldnerverzug ausschließt. Verstößt der Schuldner gegen seine Leistungspflicht, so kann gewissermaßen dem Gläubiger ein Verstoß auf seiner Seite nicht mehr schaden. Diese Ueberlegung entspricht der Grundidee des Gläubigerverzuges, wie sie das geltende Recht aufstellt. Die Haupttendenz ist der Schutz des Schuldners vor einer Verlängerung des Schuldverhältnisses. Auf diesen Schutz hat der Schuldner naturgemäß nur dann Anspruch, wenn er selbst an der Verlängerung des Schuldverhältnisses über den normalen Zeitpunkt hinaus unschuldig ist. Das Erfordernis

der Oblation bezw. der Erfüllungsbereitschaft dient dem Nachweise dieser Unschuld.

Bei gegenseitigen Verträgen sind beide Parteien Schuldner und Gläubiger. Die endgültige Lösung des Schuldverhältnisses tritt erst ein, wenn beide Verbindlichkeiten zur Erfüllung gelangt sind. Hieraus ergibt sich eine Ueberschneidung der Schuldnerpflichten und Gläubigerlasten, die namentlich im Kaufrechte immer wieder zur Verwirrung und Unklarheit Anlaß gegeben hat. Es gilt, ein System der gegenseitigen Obliegenheiten und ihres Einflusses aufeinander nach den oben dargelegten Grundsätzen aufzustellen. Daß das BGB. und HGB. eine Reihe aus diesem Rahmen fallender Vorschriften enthalten, ist bereits gesagt worden. Der Grund ist darin zu sehen, daß der Begriff der Last, wie wir ihn oben formuliert haben, bei der Schaffung des geltenden Privatrechtes noch nicht die festen Umrisse gewonnen hatte, die er heute hat. Es ist aber auch heute eine gewisse Mißachtung des Lastbegriffes in der Lehr- und Kommentarliteratur nicht zu verkennen. Enneccerus gibt in seiner Darstellung des Allgemeinen Teils ein sorgfältiges System der Rechtsbeziehungen und der hierzu von der Rechtswissenschaft aufgestellten Begriffe (§§ 67 ff.). In diesem System fehlt jeder Hinweis darauf, daß auch der Lastbegriff neben dem Schuldbegriffe seinen Platz hat.

Als Grundlage der folgenden Untersuchung ist deshalb eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung des Lastbegriffes unentbehrlich.

Der Aufgabe, aus den Quellen des Deutschen und des Römischen Rechtes die wesentlichen Grundsätze über den Gläubigerverzug und seine Voraussetzungen herauszuarbeiten, hat sich Kohler in seinen Studien I und II unterzogen. Er hat sich dabei nicht auf die beiden erwähnten Rechtssysteme beschränkt, sondern auch die Rechtslehre anderer Völker zum Vergleich und zur Bekräftigung der von ihm vertretenen Lehre herangezogen, so namentlich das französische und indische, stellenweise auch das italienische Recht. Die in diesen Rechten vertretenen Ideen sind weder bei der Beratung des BGB. noch auch in der Folge bei der Entwicklung der privatrechtlichen Dogmatik des geltenden Rechts von irgendwelchem Einflusse gewesen. Wohl aber haben die deutsch- und römisch-rechtlichen von Kohler zahlreich an-

gegebenen kasuistischen Beispiele die im BGB. vertretene Lehre maßgeblich beeinflußt. Das System des BGB. ist gerade in der Frage des Gläubigerverzuges den Anregungen Kohlers gefolgt, ohne daß es freilich gelang, den dort entwickelten oder angedeuteten Ideen nachzugehen und sie in das Gesamtsystem einzufügen. Der Lehre vom Gläubigerverzuge fällt das Verdienst zu, die Notwendigkeit des dem gemeinen Rechte systematisch unbekannten Lastbegriffes zuerst erwiesen zu haben. Als diese Notwendigkeit sich bei Gelegenheit der Regelung des Gläubigerverzuges im BGB. wenigstens insoweit durchgesetzt hatte, daß das gefundene Ergebnis ihr Rechnung trug, war keine Möglichkeit mehr, die vielbearbeitete Dogmatik des Kaufrechtes noch einmal daraufhin zu revidieren. Wir werden sehen, daß eine solche Revision der damaligen Kaufrechtslehre in der Frage der Gläubigerstellung des Käufers nicht entbehrlich ist, und daß die Verkennung dieser Notwendigkeit bereits eine Fülle von Unklarheiten mit sich gebracht hat.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß schon bei der Beratung des BGB. oder sofort nach Beginn von dessen wissenschaftlicher Bearbeitung eine klare Durcharbeitung in der geschilderten Richtung vorgenommen worden wäre, wenn nicht einer der Väter des neu einzuführenden Begriffes, Kohler selbst, sich mit der Anwendung auf die Lehre vom Gläubigerverzuge zufrieden gegeben hätte, ja wenn er nicht sogar bei der Darlegung des neuen Begriffes davor zurückgeschreckt wäre, etwas Neues aufzustellen, und sich nicht lieber damit begnügt hätte, eine Formulierung zu finden, die in das alte System ohne viel Schwierigkeiten einzugliedern war. Während wir heute wohl allgemein auf dem Standpunkte stehen, daß der Begriff der Last etwas Existentes und Notwendiges ist, war Kohler keineswegs dieser Ansicht. Er bekämpfte die Lehre, nach der die Gläubigerpflichten sich von der gewöhnlichen Schuld nicht unterschieden, und stellte anstattdessen den Grundsatz auf, daß die „Last" nichts anderes sei, als ein Recht, auf dessen Ausübung zu verzichten dem Gläubiger freistehe, wenn er die nach Lage der Sache hiermit verbundenen Nachteile in Kauf nehmen wollte. Kohler bezeichnet (I, 267) die Ansicht von der Mitwirkungspflicht des Gläubigers an der Erfüllung als einen der fundamentalsten Irrtümer des Obligationenrechts und

setzt dieser Ansicht die These entgegen: „Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die Leistung anzunehmen, es ist die Annahme ein Recht und nur ein Recht, keine Pflicht; sie steht auf gleicher Stufe wie jede andere Benutzung eines Vermögensgutes." Wir werden demgegenüber alsbald sehen, daß zwar die erste Hälfte dieses Satzes richtig ist, daß aber die Annahme nicht nur ein Recht, sondern vielmehr eine „Last" ist.

Kohler führt kurz darauf (269) aus, daß die Ansicht, zur mora creditoris sei eine culpa des Gläubigers erforderlich, auf dem Boden der richtigen Theorie keine Stütze finde. Demgegenüber hatte Windscheid (§ 345, Nr. 8) argumentiert, daß die mora accipiendi Nachteile bringe und daß Nachteile im Zweifel nicht einem Unschuldigen aufgebürdet werden sollen. Kohler hält das nicht für haltbar, wenn er auch einräumt, daß es geistreich gedacht sei. Er meint nämlich, die fraglichen Nachteile stünden in gleicher Linie wie der Nachteil, wenn der Hausherr oder Gutsbesitzer die günstige Gelegenheit versäume und sein Haus ohne Mieter, sein Acker ohne Pacht bleibe: ihn treffe der Nachteil, weil ihm die Benutzung eines Vermögensgutes kraft dinglichen Rechts, den Gläubiger, weil ihm die Benutzung eines Vermögensgutes, nämlich der schuldnerischen Leistungstätigkeit, kraft obligatorischen Rechtes zustehe: beide als rechtliche Benutzer hätten kraft des Rechtes den Vorteil und Nachteil der Benutzung und den Vorteil und Nachteil der unterlassenen Benutzung. Kohler fügt noch hinzu, daß er nicht, wie Goose (aaO. 199) argumentiere, der Gläubiger habe die Gefahr der Leistung zu tragen, weil diese in seinem Vermögen sei, sondern er argumentiere so: das Benutzen oder Nichtbenutzen der dargebotenen Leistung sei lediglich Sache des Gläubigers, daher trage er auch die Gefahr des Nichtbenutzenkönnens. So trage der Mieter nicht die Gefahr der Mietsache, aber er trage die Gefahr und den Nachteil des Nichtbenutzenkönnens. Zur Bekräftigung dieser seiner Ansicht weist Kohler noch auf die folgende Billigkeitserwägung hin: Dasjenige, was durch die entgegenstehende Lehre dem Gläubiger an Nachsicht gewährt werde, falle eben gerade auf den gleichfalls schuldlosen Schuldner, denn hier treffe der Schaden entweder den einen oder den anderen Teil, es gebe keine neutrale Zone. Decke man den Gläubiger,

so schlage man den Schuldner, welcher sich doch gleichfalls hinter jenes Argument bergen könne, daß im Zweifel niemand unverschuldete Nachteile tragen solle.

An dieser Stelle ist der Angelpunkt der ganzen Lehre von der Last zu suchen.

Der Logik der Kohlerschen Beweisführung kann man sich nicht verschließen, andererseits wird man aber Windscheids Bedenken nicht mit den angeführten Gegenargumenten für geschlagen halten. Namentlich das letztgenannte, daß der Schuldner leiden müsse, wenn man den Gläubiger nicht heranziehe, ist eine petitio principii. Kohler und Windscheid haben mit ihren Ueberlegungen beide recht, ihre Ansichten stimmen aber nicht zusammen, wenn man nicht einen neuen Zwischenbegriff zwischen Recht und Pflicht aufstellt, eben den der Last. Gegen Kohlers Lehre vom nichtausgeübten Rechte wäre wenig einzuwenden, wenn nicht die Nachteile, die aus der Nichtausnutzung dinglichen Vermögens entstünden, naturgemäß auf den Berechtigten entfielen, während die Nachteile nichtausgenutzten obligatorischen Vermögens von der Rechtsordnung auf den Gläubiger oder den Schuldner verteilt werden müssen, wobei sich nicht leugnen läßt, daß die Gleichstellung des „dinglichen" mit dem „obligatorischen" Fall in der Praxis nicht bestehen kann. Wollte man nämlich die von Kohler vorgeschlagene Richtung konsequent einhalten, so müßte die Nichtannahme der Leistung den Verlust der Ansprüche zur Folge haben. Wir werden unten darauf hinweisen, daß das Deutsche und das Römische Recht stellenweise einen solchen Verlust eintreten lassen, das BGB. aber tut nicht dergleichen, wenn man von den Verzugsfällen im Dienstvertragsrecht absieht, wo aber ein Anrechnungsanspruch des Gläubigers immerhin fortbesteht. Daß der Gläubiger die Leistung nicht bekommen kann, wenn er sie nicht annimmt, ergibt sich von selbst. Wenn ich etwas nicht nehme, kann ich es nachher auch nicht haben. Die einzige Ausnahme von diesem Satze bildet der Fall, wo der Schuldner die Sache dem Gläubiger hinstellen oder sonst zuwenden kann, ohne daß dieser überhaupt etwas dazu tut. Dieser Fall scheidet aber naturgemäß aus der Verzugslehre aus. Vermiete ich mein Haus nicht, so ist die natürliche Folge die, daß ich keinen Mietzins beanspruchen kann. Keine Rechtsordnung

kann hieran etwas ändern. Nehme ich eine Sache nicht an, so ist die natürliche Folge, daß ich nicht in den Besitz der Sache gekommen bin. Auch diese Folge tritt unabhängig von der Rechtsordnung ein. Die Nachteile, die den säumigen Gläubiger treffen, liegen im Gegensatz dazu nicht auf dem Gebiete natürlichen Zusammenhanges, sie sind vielmehr von der Rechtsordnung erfunden und nach bestimmten Billigkeitsgrundsätzen künstlich dosiert. Kohler will die Nichtausnutzung eines Anspruches so behandeln, wie die Nichtvermietung eines Hauses. Dann müßte aber das Schuldverhältnis erlöschen, wenn der Gläubiger nicht fähig oder willens ist, die Leistung anzunehmen. Denn der Anspruch auf die Leistung ist nicht eine Benutzungsmöglichkeit des Rechts, er ist der Inhalt des Rechts selbst; kann die Leistung nicht erbracht werden, so fehlt dem Rechte der Gegenstand. Die Nachteile, die den Gläubiger nach geltendem Rechte für seine Säumigkeit bestrafen, sind also von denen der Nichtausnuztung dinglichen Vermögens durchaus verschieden.

Faßt man das Verhältnis von Schuldner und Gläubiger zueinander näher ins Auge, so ergibt sich auch, woran die Angleichung an dingliche Verhältnisse scheitert. Dem dinglichen Vermögen steht ein Verpflichteter nicht gegenüber. Verpflichtet ist allenfalls, wie man sich auszudrücken pflegt, die Gesamtheit aller anderen Rechtssubjekte, und zwar nicht zu einer Leistung, sondern zu einer Unterlassung störender Eingriffe in den Machtbereich des Berechtigten. Das „obligatorische" „Vermögen" besteht im Gegensatz dazu in dem Recht, von einem anderen etwas verlangen zu können. Nutze ich das dingliche Recht nicht aus, so kann dies Nichtausnutzen immer nur in einem wirtschaftlichen, nie in einem rechtlichen Sinne verstanden werden. Die Nichtausnutzung des dinglichen Rechtes als solchen ist begrifflich nicht möglich. Denn wenn das Recht darin besteht, daß ich Eingriffe Dritter in eine bestimmte Rechtssphäre nicht zu dulden brauche, so ist es gleichsam latent, solange eben kein Dritter einen Eingriff vorzunehmen sich anschickt. In diesem Sinne pflegt man von Recht und Anspruch zu reden, indem das dingliche *Recht* für den Fall des Eingriffs einen *Anspruch* gegen den Angreifer gewährt. Erfolgt ein solcher Eingriff, so bin ich berechtigt, ihm zu wehren. Tue ich das nicht, so treten rechtliche Nachteile nicht ein, sondern nur

tatsächliche, und zwar in Gestalt der Nachteile des Eingriffs selbst. Nachteile, die die Substanz des Rechtes erfassen, können höchstens durch längere Duldung fremder Eingriffe, etwa im Wege der Versitzung, eintreten, sie zeigen sich aber gerade dadurch an, daß das dingliche Recht selbst untergeht. Solange es noch besteht, ist kein „rechtlicher" Nachteil zu befürchten. (Daß übrigens der Vorgang der Versitzung mit den Nachteilen, die Kohler im Auge hat, nichts zu tun hat, bedarf keiner Ausführung. Das Gesetz trifft diese Regelung ebenso wie die der Rechtsverschweigung [z. B. bei widerspruchslosem Dulden eines Ueberbaues] aus ganz anderen Gründen, wie die der Verzugsfolgen.)

Wir sehen also, daß Nachteile in dem Sinne, wie sie den säumigen Gläubiger treffen, durch Nichtvermieten von Vermögenswerten nicht eintreten können. Vermiete ich nicht, so entgeht mir der wirtschaftliche Nutzen, den ich aus dem Rechte hätte ziehen können. Mein Verhältnis zum Rechte oder zur Sache bleibt dagegen unberührt. Da der dinglich Berechtigte auch sozusagen mit seiner Sache allein steht, und niemand ein privatrechtliches Interesse daran hat, wie er sie für sich wirtschaftlich ausnutzt, so kann er mit der Sache eben machen, was er will, ohne daß eine Aenderung seiner Beziehung zu der Gesamtheit der übrigen Rechtssubjekte einträte oder einzutreten brauchte. Anders ist es im Schuldrechte. Hier steht dem Rechte des Gläubigers ein Schuldner gegenüber, der an der Lösung des Schuldverhältnisses interessiert ist und der deshalb ein Recht darauf hat, von der Verbindlichkeit befreit zu werden. Kohler hat selbst dieses Recht des Schuldners nachdrücklich betont. Er beschreibt es wie folgt (I, 271, 272): Man habe richtig erkannt, daß es für den Schuldner in allen Fällen ein Mittel geben müsse, um sich von dem vielfach wenig behaglichen Verhältnisse des obligatorischen Gebundenseins, von dem Bann, welcher dadurch auf seinem Vermögen laste, zu befreien; man erkenne richtig, daß es nicht im Belieben des Gläubigers stehen könne, diese Unbehaglichkeit, vielleicht Qual der obligatorischen Verhaftung in das Unendliche zu verlängern. Allein dies führe nun und nimmermehr zu einer Verpflichtung des Gläubigers auf Lösung dieser Bande — nicht der Gläubiger, sondern das Gesetz sei es, welches den

Schuldner von diesem Zustand der Schwebe und Verfangenheit befreien solle; nicht gegen den Gläubiger habe der Schuldner einen Anspruch auf eine befreiende Tat, sondern er habe nur ein Anrecht an das Gesetz, ihm Mittel und Wege zu gewähren, um sich nötigenfalls auch ohne Mitwirkung des Gläubigers aus diesem Zustande zu lösen. Versäume oder versage der Gläubiger die Mitwirkung, so solle das Gesetz einen neuen Weg der Liberation eröffnen. Dies müsse das Gesetz tun, sofern es anders dem Rechtsverhältnisse eine ihm gemäße Gestalt geben und nicht hinter seiner Aufgabe zurückbleiben wolle.

Als weitere Fälle, in denen ein solches Problem an die Gesetzgebung herantrete, bezeichnet Kohler den Kauf auf Probe und die optio legata. Beim Kauf auf Probe wirkt der Gläubiger, wie Kohler zutreffend ausführt, nicht zum Vollzuge der Leistung mit, die Mitwirkung bezieht sich vielmehr auf die Begründung der Leistungspflicht. Daher kann von einer mora im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein. Zum Schutze des Verkäufers vor der unangemessenen Verlängerung des Schwebezustandes sind hier Vorschriften getroffen, die dem Schweigen des Verkäufers eine bestimmte Wirkung beilegen, sei es die der Billigung, sei es die der Ablehnung. Damals fanden sich diese Vorschriften in Pr. ALR. I,11, § 336, HGB. a. 339, Sächs. GB. §§ 1103—1105. Heute ist der gleiche Gedanke in § 496 BGB. niedergelegt.

Zur optio legata verweist Kohler auf fr. 6—8 pr., fr. 13 § 1, fr. 17 de opt. vel elect. leg. und erklärt, dem Legatar sei zur Ausübung des Wahlrechts durch Vermittlung des Prätors eine Frist gesetzt worden, nach deren fruchtlosem Ablauf dieses nicht mehr hätte ausgeübt werden dürfen.

Die Folgen, die die betreffenden Stellen für den Fall der versäumten Frist androhen, gehen indessen noch viel weiter:

fr. 6: „. . . . decernere debet praetor, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatarum ei non competere . . . .", und zwar „ne venditio, quandoque eligente legatario, interpelletur", also auch lediglich zum Schutze des Schuldners vor dem Schwebezustand. Oder fr. 8 pr.: „. . . . decernendum est a praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datu iri," und fr. 17: Cum optio duorum servorum Titio data sit, reliqui Maevio legata sint, cessante primo in electione „reliquorum" appellatione

omnes ad Maevium pertinent". Es tritt also Verlust des Anspruchs ein. „Hier," sagt Kohler (S. 273), „beim alternativen Vindikationslegat, ist noch viel weniger von einer Verpflichtung des Berechtigten zur Lösung der Ungewißheit zu sprechen, nichtsdestoweniger gibt das Recht eine Lösung — zum deutlichen Beweis, daß das Recht zu derselben eines Durchgangs durch die Person des Berechtigten, daß es einer Verpflichtung des Berechtigten nicht bedarf, um die Aufhebung des Schwebeverhältnisses zu bewirken."

„Bei dieser Sachlage ist es geradezu auffallend, wenn ein neuerer Schriftsteller (Römer, Abh. a. d. Röm.-Recht, S. 143, 148) . . . . den alten Irrtum von der Verpflichtung des Gläubigers zur Mitwirkung bei dem Leistungsakte wieder aufgefrischt hat . . . ."

Dieser alte, „wiederaufgefrischte Irrtum," den Kohler bekämpft, fristete aber nicht nur in Römers Abhandlungen sein Dasein, sondern er stand und steht heute noch im Handelsgesetzbuch unter den Vorschriften über den Spezifikationskauf (§ 375 HGB.). Gerade den Fall des Spezifikationskaufes führt Kohler im unmittelbaren Anschluß an den oben zitierten Satz an und zitiert dabei ein Urteil des ROHG., das wegen der Deutlichkeit, mit der es die von Kohler bekämpfte Lehre vertritt, besonders merkwürdig ist. Das ROHG. sagt (10. 12. 1874, XVI. S. 204—206):

„Darüber, daß Beklagter (Käufer) zur Spezifikation vertragsmäßig verpflichtet und diese Verpflichtung ein zulässiger Gegenstand der Verurteilung sei, kann nach dem Gesagten (nämlich daß der Kauf perfekt sei) ein begründeter Zweifel nicht bestehen. Die Einwendung des Beklagten, daß nicht abzusehen sei, welchen praktischen Erfolg eine Verurteilung des Beklagten auf Vollziehung der Spezifikation bei dessen fortgesetzter Weigerung haben möge, verkennt völlig, daß gegen den Beklagten nach . . . (sächsischem Exekutionsrecht) behufs Vornahme der ihm obliegenden Handlung rechtlicher Zwang angewendet werden kann." (Dieser rechtliche Zwang könnte heutzutage im Wege des § 888 ZPO. ausgeübt werden.)

Das ROHG. hatte bereits am 17. 4. 1872 (Seuffert XXIX, 120), die Klage auf Annahme für unzulässig erklärt, dagegen am 17. 6. 1875 (XVIII S. 50) vom Verzug des Käufers in der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Abgabe dieser

(scil. Wahl-) Erklärung gesprochen (vgl. Kohler 274 A. 2). Die Verwirrung der Begriffe war also, wie Kohler mit Recht feststellt, groß. Die Beseitigung dieser Verwirrung hatte sich Kohler zum Ziel gesetzt. Wenn nun auch seine Hauptthese, nämlich daß zum Gläubigerzuge kein Verschulden erforderlich sei, weil eine Annahmepflicht nicht bestünde, sich sofort durchgesetzt hat, so ist doch daraufhin die Verwirrung nicht geringer geworden. Das hat seinen Grund darin, daß die Lehre vom nichtausgeübten Recht, wie wir sie oben entwickelt haben, niemandem so recht einleuchten wollte, obwohl man einsah, daß eine Pflicht nicht bestünde. Wir werden auch sehen, daß Kohler mit dieser Lehre über das Ziel hinausgeschossen hat. Wenn er sich auf das Römische Recht dafür beruft, daß nirgends von einer Verpflichtung zur Annahme die Rede sei, so zeigen die als parallele Rechtsfälle zitierten, oben in den hier wesentlichen Teilen wiedergegebenen Stellen mit großer Deutlichkeit, daß die Nichtausübung des Wahlrechtes nicht nur den Verlust dieses Rechtes zur Folge hatte. Das wäre eine Folge, die mit der Theorie vom nichtausgeübten Rechte völlig übereinstimmte. Denn wenn der Gläubiger selbst die Wahl nicht treffen will, so gibt er damit zu erkennen, daß er auf sein Wahlrecht verzichte, daß es ihm mit anderen Worten gleichgültig ist, was er bekommt.

Das Römische Recht sieht aber noch andere Folgen vor, nämlich den Untergang des Anspruches selbst. Diese Folgen würden sich aus dem Rechtsverzicht nicht erklären lassen, denn der Gläubiger will ja nicht auf seinen Anspruch verzichten, sondern nur auf das von Kohler angenommene „Annahmerecht", oder, genauer, auf sein Mitwirkungsrecht bei der Begründung oder Lösung des Schuldverhältnisses. Die strenge Regelung des Römischen Rechts läßt darauf schließen, daß die Römische Rechtslehre in der Nichtausübung des Wahlrechtes mehr sah, als nur die Nichtausübung eines Rechtes, nämlich die Nichterfüllung einer Last, als deren Folge der Anspruch selbst erlöschen konnte[1]).

---

[1]) Von Bedeutung für unsere Untersuchung ist das fr. 72 pr. de solut. Das Zitat leitet eine längere Auseinandersetzung von Verzugsgrundsätzen ein und lautet: „Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se

Unser geltendes Recht geht freilich nicht mehr soweit und begnügt sich für den Fall der Nichtausübung eines Wahlrechtes damit, dieses auf den Schuldner übergehen zu lassen.

Es sind nun aber Tätigkeiten denkbar, die der Schuldner begrifflich überhaupt nicht an Stelle des Gläubigers vornehmen kann, bei denen also der Ausweg versagt, bei Säumigkeit des Gläubigers den Schuldner mit der Vornahme zu betrauen. Eine solche Tätigkeit stellt die Annahme dar. Kohlers Ansicht vom nichtausgeübten Recht hätte hier, wie schon ausgeführt wurde, zur Konsequenz, daß die natürlichen Nachteile der Nichtannahme den Gläubiger treffen, aber auch nur diese. Es ist gleichfalls oben dargelegt worden, daß sich diese natürlichen Nachteile, wenn nicht die Rechtsordnung sich einmischt, in der Tatsache erschöpfen, daß der Gläubiger eben nicht in den Besitz der Sache gelangt. Der Schuldner müßte, um sich zu befreien, die Sache so lange wieder und wieder anbieten, bis endlich der Gläubiger sich zur Annahme bereit finden läßt. Daß dies dem Schuldner nicht zuzumuten ist, unterliegt keinem Zweifel.

Woher, so fragte Windscheid und so fragen auch wir, soll nun die Rechtsordnung den Titel zum weiteren Einschreiten gegen den Gläubiger finden, wenn dieser nichts weiter getan hat, als ein Recht verfallen zu lassen? Windscheid hatte, wie oben erwähnt, gesagt, daß Nachteile nicht einen Unschuldigen treffen dürften. Daß Schuld hier keine

---

tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur si creditor accipere voluisset." Kohler bemerkt hierzu: (II,151) „. . . . es ist unrichtig, wenn Dernburg (Pandekten II, S. 120) annimmt, eine Weigerung, bei der der Gläubiger keine Schuld trage, sei eine gehörig begründete, mithin nicht sine justa causa — nein, vieles ist unbegründet und doch unverschuldet; dann wäre es auch begründet, wenn mich der Richter nach eingehender Erörterung der Sache mit der Klage abwiese, obschon ich das beste Recht habe; und doch ist die Abweisung bei voller Schuldlosigkeit des Richters eine unbegründete. Daß das sine justa causa im Sinne der objektiven Unbegründetheit eine sehr gute Bedeutung hat, ja grundlegend ist für den Annahmeverzug, bedarf keiner Ausführung." Für unsere Untersuchung ist die letzte Bemerkung von Wichtigkeit, daß das „sine justa causa" im Sinne der objektiven Unbegründetheit grundlegend für den Annahmeverzug sei. Daß dieser Satz keiner Ausführung bedarf, ist auch unsere Ansicht.

Rolle spielt, ist richtig, aber ein Grund, dem Gläubiger die Nachteile aufzubürden, muß gleichwohl da sein. Er liegt darin, daß der Gläubiger seiner Annahme l a s t nicht nachgekommen ist.

Die aligemeine Rechtsansicht geht und ging dahin, daß das Unterlassen der Annahme eine Unregelmäßigkeit ist, die in der Sphäre des Gläubigers liegt, und daß er daher derjenige sei, dem die Nachteile nicht nur auferlegt werden müßten, sondern der auch die Nachteile, die den Schuldner auf Grund der Unregelmäßigkeit treffen, auszugleichen habe. Kohler sagt: „. . . daß der Schuldner eine solche Behandlung beanspruchen darf, daß für ihn eine jede Nichtannahme des Gläubigers unschädlich bleibt." Handelte es sich nur um ein nichtausgeübtes Recht, so könnte der Schuldner nichts beanspruchen.

Weder das Deutsche noch das Römische Recht setzen ein Verschulden des Gläubigers voraus. Insoweit sind Kohlers Betrachtungen richtig und von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Wenn Enneccerus (Anm. 13 zu § 58) heute sagt, es dürfte schon nach gemeinem Rechte anzunehmen sein, daß ein Verschulden des Gläubigers nicht vorausgesetzt werde, so darf man nicht vergessen, daß dies das Ergebnis der Kohlerschen Forschungen ist, und daß gerade die größten Pandektisten, Windscheid und Dernburg, anderer Ansicht gewesen sind (Windscheid § 345, A. 8; Dernburg P II, § 43 A. 10). Auch nach Erscheinen der Kohlerschen Arbeit fanden sich noch Stimmen, die dem Ergebnisse ihrer historischen Betrachtungen widersprachen (vgl. Schey, aaO.). Das Römische Recht forderte aber die Zurückweisung „sine justa causa" (s. o.). Kohler hat das für berechtigt erklärt und gleichwohl, wie wir nunmehr darlegen wollen, die Folgerungen aus dieser Erkenntnis nicht durchweg gezogen. Auch die heutige Literatur geht über diesen Punkt mit allzu großer Leichtigkeit hinweg. Enneccerus bemerkt, das Römische Recht spreche „allerdings" von „sine justa causa accipere recusare," allein dadurch sei der Annahmeverzug nur bei gerechtfertigter Zurückweisung (z. B. wegen eines Mangels der angebotenen Sache) ausgeschlossen, nicht aber das Erfordernis schuldhafter Annahmeverweigerung aufgestellt. Das ist, wie oben auseinandergesetzt, richtig, aber es bleibt doch etwas übrig, was zu Kohlers System nicht passen will.

Ist nämlich die Annahmelast, wie Kohler sagt, „ein Recht und nur ein Recht," wie soll es dann erforderlich oder auch nur angängig sein, nachzuprüfen, ob der Gläubiger dieses Recht aus einem gerechtfertigten oder ungerechtfertigten Grunde nicht ausgeübt hat? Um die Grundlage für unsere weitere Untersuchung in dieser Richtung zu gewinnen, müssen wir auf die Stellung des Gläubigers noch weiter eingehen. Wir müssen feststellen, w a s eigentlich der Inhalt der Leistungspflicht ist. Ueber diese Frage spricht sich das Gesetz mit großer Deutlichkeit aus. Für den Kauf ist bestimmt, daß der Verkäufer dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen hat (§ 433 BGB.). Für den Mietvertrag ist die Leistungspflicht schon weniger scharf umrissen. Hirsch (aaO., S. 134) hatte gesagt, im Falle, daß der Mieter nicht in die bereitgestellte Wohnung einziehe, liege kein Annahmeverzug vor, denn die Leistung des Vermieters sei mit der Bereitstellung der Wohnung vollendet, sodaß die Annahme der Wohnung durch die Benutzung seitens des Mieters nicht mehr zur Perfektion der Mietleistung gehöre. Diese Ansicht erklärt Kohler wiederum für einen offenbaren juristischen Irrtum, indem er ausführt, allerdings habe mit der Bereitstellung der Vermieter getan, was von ihm aus zu tun war, ebenso wie der Verkäufer mit der Paratstellung der Ware seine Schuldigkeit getan habe. Es sei aber in beiden Fällen völlig verkehrt, anzunehmen, daß die wirtschaftliche Leistung vollzogen wäre; ebensogut könnte man glauben, die Vorlesung wäre damit perfekt, daß ein Dozent in den leeren Hörsaal einträte, und vor leeren Bänken spräche.

Es ist richtig, daß das Bereitstellen der Wohnung ebensowenig die Erfüllung bewirkt, wie das Bereithalten der Kaufsache. Die Erfüllung hat vielmehr im Regelfalle einen zweiseitigen Charakter.

Daß der von Hirsch gemachte Unterschied zwischen Sach- und anderen Leistungen nicht völlig willkürlich war, ergibt die an verschiedenen Stellen, so unter anderem auch in der von Kohler zitierten Note 2 zu § 73 von Dernburgs Preußischem Privatrecht aufgestellte Behauptung, ein Verschulden im Sinne einer Verletzung einer Annahmepflicht sei nur bei Sachleistungen Erfordernis des Annahmeverzuges. Dernburg will dies aus der Absicht der Kontrahenten

folgern. Wir werden unten Gelegenheit zu der Erörterung finden, inwiefern nach geltendem Recht ein Unterschied zwischen Sach- und anderen Leistungen besteht. Kohler leugnet das Vorhandensein eines solchen Unterschiedes in der Absicht der Kontrahenten, da jeder Vertragsschließende wolle, daß das Geschäft schließlich zum richtigen Ende komme. Bevor wir darauf eingehen, soll nochmals daran erinnert werden, daß die Statuierung einer Annahmepflicht im Rahmen der Vorschriften über den Gläubigerverzug nicht so sehr im Interesse des Schuldners, als vielmehr in dem des Gläubigers erfolgen würde. Denn wenn der Gläubiger unverschuldet die Annahme ablehnt, so kann er nur dann für die Folgen haftbar gemacht werden, wenn nicht von einer Pflicht der Annahme ausgegangen wird; eine solche wäre ja nicht schuldhaft verletzt. Dem Begriff der Last dagegen ist seiner Natur nach der Gesichtspunkt des Verschuldens fremd. Bestand also nicht eine Pflicht, sondern eine Last, so ist der Schuldner im Stande, die Nichterfüllung dieser Obliegenheit dem Gläubiger zum Nachteile anzurechnen.

Kommen wir jetzt auf den Inhalt der Leistungspflicht zurück. Daß das Schuldverhältnis nicht dann erfüllt ist, wenn der Schuldner, wie es im § 243 II BGB. heißt, das zur Leistung . . . . seinerseits Erforderliche getan hat, ergibt sich zwangsläufig aus einer Reihe bürgerlich-rechtlicher Vorschriften.

Wäre nun Kohlers Lehre vom nichtausgeübten Rechte richtig, so müßte die einfachste und beste Lösung aller hier auftauchenden Probleme die sein, den Schuldner in dem Augenblicke als befreit hinzustellen, in dem er das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Denn in diesem Augenblicke stünde es ja beim Gläubiger, sein Annahmerecht auszuüben oder es verfallen zu lassen. Ließe er es verfallen, so stünde der Vermutung nichts entgegen, daß er dies in erster Linie zu Gunsten des Schuldners täte. Nähme also der Gläubiger nicht an, so könnte der Schuldner, soweit dies möglich wäre, die Sache wieder an sich nehmen und so dastehen, als sei ihm die Leistung erlassen, oder genauer, als sei sie angenommen und somit die Erfüllung eingetreten. Im Falle, daß nicht eine Sache, sondern eine Dienstleistung geschuldet wird, könnte der Schuldner

befreit sein, ohne die Dienste geleistet zu haben, wenn er sie nur dem Gläubiger in gehöriger Form angeboten und dieser sie abgelehnt hätte.

Betrachten wir demgegenüber das Gesetz, so ergibt sich, daß dieser Weg nur zum Teil beschritten worden ist.

§ 615 BGB. bestimmt:

„Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienstleistung erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt". Sieht man von dem letzteren Satze ab, der ja nur eine Modifizierung des ersten Satzes enthält, so ist festzustellen, daß für das Dienstvertragsrecht in der Tat der einfachste Standpunkt eingenommen ist: Auf der einen Seite steht der Gläubiger, auf der anderen der Schuldner. Zur Erfüllung müssen sich beide gleichsam in der Mitte begegnen. Bleibt aber der Gläubiger aus, so kann der Schuldner gleichwohl befreit werden. Er hat alles getan, was das Schuldverhältnis ihm auferlegt, also ist er frei, wenn auch der wirtschaftliche Enderfolg nicht eingetreten ist. Würde man dieses Prinzip auch auf die Fälle der Sachschulden, namentlich auf das Kaufrecht anwenden, so wäre in der Abwicklung als solcher eine Schwierigkeit nicht zu finden. Ginge man genau so vor, wie es das BGB. beim Dienstvertrage tut, so müßte man dem Schuldner das Recht zusprechen, die Sache als seine eigenen zu behalten und doch seiner Schuld ledig zu sein. Selbst wenn man aber diese Konsequenz ablehnte, so müßte man mindestens dem Schuldner ohne Einschränkung die Aussetzung der Sache gestatten.

Dies ist der Standpunkt des Deutschen Rechts. Kohler hat durch Zitierung der wesentlichsten Beispiele dargetan, mit welcher Konsequenz das Deutsche Recht die Aussetzung gestattet und dabei die Kennzeichen symbolischer Anbietung selbst dann vorschreibt, wenn an eine Annahme nicht zu denken ist, weil der Gläubiger abwesend ist.

Für den Fall des Dienstvertrages also, oder innerhalb einer Rechtslehre wie der Deutschen wäre gegen die Theorie

vom nichtausgeübten Rechte nichts einzuwenden. Eine Einschränkung bleibt jedoch auch hier zu machen. Das Deutsche Recht kümmerte sich nicht darum, ob so etwas wie „Verzug" eingetreten war. Das Angebot erfolgte ohne besondere Rücksicht darauf, ob es so war, wie es geschuldet wurde. Schließlich war auch niemand da, der hierüber hätte eine Kontrolle ausüben können. Die Aussetzungsbefugnis war schon dann gegeben, wenn der Gläubiger etwas Angebotenes nicht angenommen hatte. Demgegenüber hat unser Recht die Einrichtung eines „Verzugszustandes" getroffen. Wenn daher bei uns der Besitzer eines Grundstückes zur Aufgabe des Besitzes unter Umständen auch ohne vorherige Androhung befugt ist (§ 303 BGB.), so kann dies immer nur geschehen, wenn vorher die technischen Bedingungen des Verzuges eingetreten sind, das heißt, wenn das Angebot den Vorschriften des § 294 BGB. entsprach. Die Aussetzung des § 303 BGB. stimmt also mit der Lehre vom nichtausgeübten Rechte insofern nicht überein, als sie an die Bedingungen des Verzuges geknüpft ist. Nach der angegriffenen Lehre könnte sich der Schuldner auf die Tatsache berufen, daß er angeboten habe, und dem Gläubiger auf die Frage nach der Art des Angebots zur Antwort geben, daß er ja ein Recht gehabt habe, das Angebot nachzuprüfen, und daß es nicht Sache des Schuldners sein könne, die Ordnungsmäßigkeit des Angebotes noch nachträglich zu beweisen.

Völlig abweichend vollends ist die Regelung, die bei der Erfüllung von Sachschulden, namentlich bei Kaufverträgen getroffen ist.

Die Verpflichtung des Verkäufers besteht vor allem darin, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm Eigentum daran zu verschaffen. Beides, die Uebergabe sowohl als auch die Uebertragung des Eigentums, sind Rechtsakte, die begrifflich vom Schuldner allein nicht zu bewirken sind. Sowohl zur Uebergabe als auch zur Uebertragung von Eigentum gehört die Einigung des Veräußerers mit dem Erwerber. Hier nimmt also das Gesetz nicht den oben umrissenen Standpunkt ein, daß Schuldner und Gläubiger auf verschiedenen Seiten stehen und daß der Schuldner, wenn er die Sache gleichsam in der Mitte hinlege, seiner Verpflichtung genügt habe. Das Gesetz trennt vielmehr den Erfüllungsvorgang nicht in zwei Akte, deren einer vom Schuldner und

deren anderer vom Gläubiger in der Weise zu bewirken wäre, daß der Schuldner seine Tätigkeit leisten und es dann dem Gläubiger überlassen könnte, ob er seinerseits die Leistung zur wirtschaftlichen Perfektion bringen will oder nicht. Dies wäre die Voraussetzung für jede Lehre, die die Annahme nur als ein Recht ansehen will. Im Gegensatz dazu stellt sich das BGB. auf den Standpunkt, daß die Leistung aus dem Kaufvertrage nur durch gemeinsames Wirken von Gläubiger und Schuldner erfolgen könne. Da Ziel des Kaufvertrages die Eigentumsverschaffung ist, und da diese nur durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vorgenommen werden kann, so muß die Erfüllung auch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft sein. Damit ist zugleich die Notwendigkeit gegeben, die Leistung, die dem Schuldner obliegt, untrennbar mit einer Mitwirkung des Gläubigers zu verbinden. Der Schuldner ist auf diese Weise hinsichtlich der Erfüllung auf die Mitwirkung des Gläubigers angewiesen. Eine solche Mitwirkungshandlung ist nicht nur die Annahme, sondern auch in den Fällen des § 295 BGB. die zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung des Gläubigers. Das Gesetz nimmt hier partem pro toto, indem es nur die v o r Bewirkung der Leistung etwa erforderliche Handlung des Gläubigers im Auge hat. In Wirklichkeit ist die Annahme, jedenfalls im Kaufrecht, geradezu das Musterbild einer z u r Bewirkung der Leistung erforderlichen Handlung. Wenn also der letzte Satz des § 295 BGB. lautet: Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen, so könnte man darüberhinaus sagen: das Angebot ist nichts weiter als die Aufforderung an den Gläubiger, die zur (nicht: vor) Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung, nämlich die Annahme, vorzunehmen.

Wir haben schon mehrfach die Behauptung vorgebracht, daß das Lastenprinzip in der Gesetzgebung nicht voll zur Auswirkung gelangt sei. Wir folgen dabei der Ueberlegung, daß die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers alle den gleichen Charakter tragen, eben den der Last. In ihrer Eigenschaft als Mitwirkungshandlungen geben sie sich namentlich dadurch zu erkennen, daß sie in erster Linie dazu dienen, die Erfüllung zu ermöglichen.

Es liegt systematisch kein Anlaß vor, einen Teil dieser Mitwirkungshandlungen zu privilegieren, indem man sie mit

der Eigenschaft einer Schuldnerpflicht versieht. Und doch ist dies verschiedentlich geschehen. Wir erwähnten oben die Bestimmung des § 375 HGB., in der dem Käufer beim Spezifikationskaufe die Pflicht auferlegt wird, die Spezifikation vorzunehmen. Das HGB. sagt nun allerdings nicht, wie die gleichfalls oben zitierte Entscheidung des ROHG. es haben wollte, daß eine Klage auf Vornahme der Spezifikation gegeben sei, deren Sanction im Wege des § 888 ZPO. möglich sei, sondern es begnügt sich damit, zu bestimmen, daß der Verkäufer die Spezifikation statt des Käufers vornehmen könne oder gemäß § 326 berechtigt sei, Schadensersatz zu fordern, wenn der Käufer mit „dieser Verpflichtung" im Verzuge sei. Es ist wohl nicht fraglich, daß hier mit Verzug nicht Schuldner —, sondern Gläubigerverzug gemeint ist, ähnlich wie im § 264 II BGB. Wir sehen also vor uns eine Verpflichtung, durch deren Nichterfüllung ich in Gläubigerverzug komme, in Folge dessen ich Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten muß, wie wenn ich eine Schuldnerpflicht verletzt hätte. Das HGB. hat eine solche Vorschrift nur erlassen können, weil es auf dem damals verbreiteten Standpunkt stand, daß die Mitwirkungspflicht des Gläubigers eine Schuldnerpflicht sei. Inzwischen hat das BGB. den Gläubigerverzug von dem entgegengesetzten Standpunkte aus geregelt, und zwar gilt diese Regelung auch für den Handelskauf, da das HGB. Vorschriften über die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges nicht enthält. Daß die im § 375 HGB. getroffene Regelung eine Abweichung von den Grundsätzen des BGB. bedeutet, geht wohl aus den obenstehenden Ausführungen zur Genüge hervor. Der Grund zu dieser Abweichung ist in der Denkschrift (S. 105 l., r.) dargestellt:

„Ist zu erwarten, daß der mit der Spezifikation säumige Käufer schließlich auch die Ware nicht abnehmen und bezahlen wird, und daß auch für diese ein annehmbarer Preis bei einem etwaigen Selbsthülfeverkauf nicht zu erzielen ist, so wäre Zeit und Arbeit für die Herstellung der Ware nutzlos aufgewendet, und der Verkäufer würde sich gerade durch diese Herstellung der Gefahr erheblicher Verluste aussetzen. . . . . Auf diesen Gesichtspunkten beruhen die Vorschriften des § 367 (jetzt 375). Er erblickt in der Spezifikation ebensowohl ein Recht wie eine selbständige Vertragspflicht des Käufers und läßt folgeweise, falls die Spezifikation nicht

rechtzeitig geschieht, nicht einfach die Folgen des Annahmeverzuges eintreten, erklärt vielmehr den Verkäufer für befugt, nach seiner Wahl entweder die Spezifikation selbst vorzunehmen oder die gemäß § 326 BGB. . . . der nichtsäumigen Partei zustehenden Rechte geltend zu machen . . ."

Die Denkschrift fügt noch hinzu, es bedürfe keiner Erwähnung, daß daneben die Rechte aus dem Annahmeverzuge bestehen blieben.

Die Erwägungen der Kommission sind sicherlich zutreffend. Wenn aber die Spezifikation als Recht ebensowohl wie als selbständige Vertragspflicht bezeichnet wird, so liegt darin eine Verkennung des Lastbegriffs. Die Spezifikation ist weder ein „Recht" (vgl. die Folgen der Nichtausübung), noch eine „Pflicht" (sie ist nicht einklagbar). Hätten wir den Begriff der „Last" gesetzlich festgelegt, so könnte man in einzelnen Fällen unbedenklich die Nachteile, die das BGB. im § 326 dem säumigen Schuldner auferlegt, auch dem säumigen Gläubiger aufbürden. Das wäre die Regelung, die der Kommission vorgeschwebt hat, wenn anders sie nicht Verschulden des Spezifikationskäufers voraussetzte, wofür ihre Ausführungen keinen Anhalt geben. (Vgl. oben: „nicht rechtzeitig".)

Aber auch im BGB. selbst ist nicht immer der Standpunkt der §§ 293 ff. gewahrt. Schon die Abnahmepflicht des Käufers und des Werkbestellers vermischt sich in den Augen Vieler mit der Annahmepflicht, deren Nichtexistenz als solcher umso eifriger betont wird. Wir werden darauf alsbald eingehen. Vorher sei noch zur Abrundung der Kohlerschen Lehre auf dessen Stellung zu der ohne seine Zustimmung eingeführten Abnahmepflicht des Käufers kurz eingegangen.

Die Abnahmepflicht hat heute schon ein bestimmtes Gesicht bekommen, was damals noch nicht der Fall war. Man kann sicherlich nicht sagen, daß sie in Kohlers Lehre hineingepaßt hätte. Kohler hat sich aber nicht gegen sie gewendet, weil er glaubte, bei sehr einschränkender Auslegung sei sie unbedenklich. Aus dem Versuch, den er zu einer solchen einschränkenden Auslegung gemacht hat, gewinnt man den Eindruck, daß er der Kommission gegenüber etwa die Einstellung Mephistos hatte: „. . . Euch guten Kindern laß' ich's gehn . .", weil er glaubte, „. . auch mit diesem nicht gefährdet . ." zu sein. Es sollte aber anders kommen: die

Kohlersche Auslegung ist nicht einen Augenblick lang auch nur diskutiert worden, und konnte es, wie wir sehen werden, auch gar nicht werden.

Kohler schreibt nämlich (II, 241):

„Die Klage aus § 433 ist . . . . keine Klage auf Empfangnahme, sie ist Klage auf Feststellung dessen, daß der Schuldner befreit ist, falls mit der Sache in bestimmter Weise verfahren wird oder mit der Sache in bestimmter Weise verfahren worden ist. Das Recht auf Abnahme ist gleich dem Rechte zu verlangen, daß der Gläubiger das Gut als abgenommen erklärt oder daß er sich so behandeln läßt, als habe er das Gut abgenommen. Wie mit der Sache verfahren wird, kann verschieden sein: es kann auch in der Art verfahren werden, daß man dem Gläubiger die Sache in den Hof stellt oder auf die Schwelle legt; auch der Gerichtsvollzieher kann hierzu verwendet werden; wobei aber stets dem Gläubiger das Recht zusteht, sich durch Verzicht auf den Anspruch von allen Scherereien zu befreien."

Weiter: (ebd. 242)

„Ganz ist sie (scil. die genannte Feststellungsklage) aber nie zu entbehren: denn sie kann auch in solchen Fällen stattfinden, wo sich der Schuldner im gesetzlichen Kreis der Befreiungshandlungen hält, und hat hier ihren guten Grund; zwar ist, wenn er das Erfüllungssurrogat der Deposition wählt, die Sicherheit, daß er richtig gehandelt hat und mithin befreit wird, eine viel größere; aber schon bei der Verkaufsselbsthilfe kann die Sache ihre Zweifel haben, ja selbst bei der Hinterlegung, wenn es sich um die landesgesetzlich gestattete Sachhinterlegung handelt; hier kann ja die Frage auftauchen, ob auch wirklich die angebotene und hinterlegte Sache probegemäß war, so daß es zweifelhaft wird, ob 1. der Gläubiger durch die Nichtannahme in Annahmeverzug kam, und ob 2. die Hinterlegung unter der korrekten Darbietung der schuldigen Sache erfolgte und mithin die befreiende Funktion ausübte."

Zu dieser Auslegung des § 433 braucht nichts weiter gesagt zu werden, als daß wir nicht das Aktionensystem haben, sondern jede Feststellungsklage, der ein berechtigtes Interesse zu Grunde liegt, sowieso zulassen. Außerdem wäre nicht zu verstehen, weshalb der Gesetzgeber, wenn eine Fest-

stellungsklage gegeben sein sollte, dies nicht sagte, sondern eine Klage auf „Abnahme" statuierte.

Kohler fügt seinen Darlegungen noch hinzu, daß beim Werkvertrage die große Bedeutung der Abnahmeklage darauf beruhe, daß die Sache anerkannt, gebilligt werde; die Klage auf Abnahme sei im Wesentlichen (?) nicht eine Klage darauf, daß der Rock fortgenommen, sondern darauf, daß festgestellt werde, daß die Leistung vertragsmäßig war und der Schneider mithin einerseits von seiner Vertragspflicht befreit, andererseits zur Forderung des bedungenen Lohnes berechtigt sei.

Selbst wenn dies für das Werkvertragsrecht zuträfe, was aus den oben dargelegten Gründen nicht anzunehmen ist, so müßte es doch für das Kaufrecht jedenfalls belanglos sein, da hier eine Pflicht zur Approbation der Sache schwerlich irgendwo vertreten wird.

Sicherlich richtig ist die weitere Bemerkung Kohlers, daß ein besonderes Interesse des Schuldners an der Abnahme als solcher nur dann vorliegen kann, wenn mit der Annahme eine Leistung des Gläubigers zu verbinden ist, sodaß der Gläubiger, indem er annimmt, sich zugleich die Möglichkeit verschafft, sich seiner Leistungspflicht zu entledigen. In diesem Zusammenhang muß auch der Fall erwähnt werden, wo die eigentliche Absicht des Verkäufers nicht sowohl die Erzielung des Kaufpreises, als die Beseitigung der Sache ist, wie das beispielsweise beim Verkaufe von Abfällen, Schutt, Alteisen und dergleichen Gegenständen vielfach vorkommt. Daß solche Fälle ebenso wie die von Kohler angeführten mit der eigentlichen Abnahmepflicht des Kaufrechtes nicht zusammenhängen, ist klar. Ein gemischter Vertrag liegt vor, nicht ein einfacher Kaufvertrag.

Die Kohlersche Ansicht über den Begriff und die Bedeutung der Abnahmepflicht ist nicht durchgedrungen. Heute legt man den Abs. 11 des § 433 BGB. im Allgemeinen so aus, daß nur die Befreiung des Verkäufers von der Kaufsache Gegenstand der Verpflichtung ist (s. u. S. 33). Der von Kohler erstrebte Zweck, dem Schuldner eine Möglichkeit zu geben, die Ware billigen zu lassen, ist schon deshalb mit der jetzt herrschenden Lehre unvereinbar, weil der Abnahme als solcher keinerlei Wirkung im Sinne einer Billigung der abgenommenen Sache innewohnt. Von diesem Prinzip,

das sich allerdings nur auf die Abnahme des Kaufrechts, nach herrschender Meinung nicht auch auf die des Werkvertragsrechts erstreckt, macht auch die Vorschrift keine Ausnahme, daß die Abnahme in Kenntnis bestimmter Mängel nachteilige Folgen für den Käufer nach sich zieht, wenn er es unterlassen hat, die Mängel zu rügen. (§ 464 BGB.) (Hier handelt es sich um eine Praesumption dafür, daß der Käufer, wenn er den Mangel kennt, ihn bei der Uebergabe beanstandet; diese Praesumption erweitert das Gesetz zu einer Beanstandungspflicht.)

Die heute herrschende Ansicht verschließt sich der Notwendigkeit, zwischen der Abnahme des Kaufrechts und der des Werkvertragsrechts einen grundsätzlichen Unterschied zu machen, nicht, obwohl die Gleichheit der Ausdrücke demgemäß einen technischen Mangel des BGB. darstellt[1]).

Wir haben es nun also im Kaufrecht mit einer Abnahme-(Schuldner-)Pflicht zu tun. Man sollte denken, daß die Einführung einer solchen Pflicht an der Stellung des Käufers als Gläubigers der Kaufsache nichts ändern könnte, und daß jedenfalls, so wenig klar der Ausdruck Abnahme im Gesetz verwendet ist, doch sicherlich etwas ganz anderes damit gemeint sein müsse als Annahme. Das ist auch der Fall, aber die Verwechselung der Begriffe Annahme und Abnahme ist immer wieder anzutreffen. Typisch ist ein Satz wie dieser:

„Eine Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme der Leistung ist nur begründet, soweit sie ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart oder gesetzlich angeordnet ist, wie z. B. die Annahmepflicht des Käufers." Hierzu dann in Anmerkung: „§ 433 Abs. 2. Die gesetzliche Abnahmepflicht des Käufers erstreckt sch übrigens (sic!) nur auf das Abnehmen (Hinnehmen und Wegnehmen) des Kaufgegenstandes . . . ." (Ennecc. II, 169).

---

[1]) Die Gleichheit von Ausdrücken für verschiedene Begriffe kann durchaus berechtigt sein. So verwendet auch der Entwurf zum Strafgesetzbuch wiederum den Ausdruck „Kind" für die Begriffe „Abkomme" und „Minderjähriger". (Vgl. redakt. Einleitg.) Im vorliegenden Falle ist aber die Verwendung des Wortes „Abnahme" in verschiedenem Sinne nicht begründet und durchaus mißverständlich. Sie ist u. E. ein Zeichen dafür, daß die Abnahmepflicht ohne gründliche dogmatische Vorbereitung eingeführt worden ist. Die Textausführungen bestätigen das.

Diese Unklarheiten, die trotz der überreichen Dogmatik des Kaufrechtes zu bestehen nicht aufhören wollen, bringen es mit sich, daß auch im Rahmen dieser Untersuchung auf eine eingehende Darstellung der Gläubigerstellung des Käufers nicht verzichtet werden kann; namentlich auf das Verhältnis der Schuldnerpflichten zu den Gläubigerlasten wird dabei einzugehen sein.

Wohl die ausführlichste Arbeit über diese Frage ist von Hohenstein im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 69 ff. unter dem Titel: „Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers" veröffentlicht worden. Eine kritische Auseinandersetzung mit den Ergebnissen dieser Arbeit wird die wesentlichen Grundsätze, von denen wir ausgehen, am Besten darlegen. Es wird sich zwar dabei nicht umgehen lassen, das Problem der Ueberschneidung von Schuldner- und Gläubigerobliegenheiten im Kaufrecht in eine Reihe von Einzelfragen aufzulösen, dem steht aber der Vorteil gegenüber, so auf schlagende Weise an einer einzelnen, auch in den neuesten Kommentaren stets zitierten Arbeit darzutun, wie wenig sich die Kaufrechtslehre in diesem Punkte zu klaren Erkenntnissen geläutert hat und wie groß die Schwierigkeiten auch heute noch sind.

Hohenstein beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob und in welchem Umfange der Annahmeverzug durch den Abnahmeverzug konsumiert werden könne. Als Voraussetzung einer solchen Konsumtion betrachtet er die Identität der Annahme- und Abnahmehandlung. Er stellt nun fest, daß eine objektive und absolute Gleichheit dieser Handlungen bestehe, gleichwohl verneint er aber die Konfusion des Annahmerechts mit der Abnahmepflicht.

Betrachten wir den Fall des Abnahmeverzuges.

Sicher ist, daß der Abnahmeverzug den Annahmeverzug enthalten kann und meistens enthalten wird.

In einem solchen Falle nun tritt nach Hohensteins Ansicht alternative Konkurrenz der Rechte aus dem Gläubiger- und derjenigen aus dem Schuldnerverzuge ein, und zwar in der Art, daß es dem Verkäufer freistehe, den Käufer als Schuldner oder als Gläubiger zu betrachten. Die -„Klippe der Konfusion" will Hohenstein umschiffen, indem er das Schuldverhältnis hinsichtlich der Abnahmepflicht als latentes, bedingtes, bezeichnet, bedingt durch den Willen des Verkäufers.

Zur Entstehung komme es erst, sobald er den Willen zu erkennen gebe, wegen Verletzung desselben Schadensersatz zu fordern oder sonstige Rechte geltend zu machen.

Gäbe es überhaupt eine solche „Klippe der Konfusion" des Annahmerechts durch die Abnahmepflicht, so könnte sie auch nicht durch die von Hohenstein vorgeschlagene Bezeichnung umschifft werden. Die Vorstellung, daß ein Schuldverhältnis erst zur Entstehung komme, wenn der Berechtigte wegen Verletzung desselben (das aber doch noch gar nicht entstanden ist) Rechte geltend macht, ist für eine haltbare Konstruktion unbrauchbar. Weshalb sollte aber eine Konfusion der genannten Art zu befürchten sein? Die Handlung, zu deren Vornahme ich berechtigt bin, kann doch begrifflich ohne Weiteres gleichzeitig eine Pflicht für mich bedeuten. Es erübrigt sich also, daß wir uns zur Widerlegung Hohensteins darauf berufen, daß es sich bei der Annahme nicht allein um ein Recht handelt, und daß schließlich auch die Identität der Annahme- und Abnahmehandlung höchst anfechtbar ist. Selbst wenn diese Identität bestünde und überdies die Annahme nur ein Recht des Käufers, nicht auch eine Last wäre, so könnte dennoch von Konfusionsgefahr nie die Rede sein. Der grundsätzliche Fehler Hohensteins ist, daß er sich als Objekt des Rechts und der Pflicht eine Sache vorstellt, der man allerdings nicht, wie einer Handlung, verschiedene Seiten abgewinnen kann. Trifft Recht und Pflicht hinsichtlich der gleichen Sache zusammen, so taucht die Konfusionsmöglichkeit auf. Ist aber Gegenstand des Rechtes und der Pflicht eine Handlung, so erübrigt sich die Furcht davor. Das Recht, das der Pflicht des Käufers zur Abnahme gegenübersteht, ist doch nicht sein Annahmerecht, sondern des Verkäufers Recht auf Befreiung! Kipp hat in seiner Abhandlung über die Doppelwirkungen im Recht vor der Gefahr allzu gegenständlicher Vorstellungen und Begriffe gewarnt, mit welchem Recht, zeigt die Darstellung Hohensteins, deren Unhaltbarkeit noch deutlicher wird, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die von ihm gefürchtete Konfusion, gäbe es sie überhaupt, nicht nur im Verzugsfalle, sondern stets und immer auftreten müßte. Denn auch ohne daß der Käufer im Verzuge ist, ist er hinsichtlich der angeblich gleichen Abnahme- bezw. Annahmehandlung Berechtigter und zugleich Verpflichteter.

Hohenstein meint, eine kumulative Konkurrenz der Verkäuferrechte im Falle des Abnahme- und Annahmeverzuges, wie sie damals gerade das OLG. Frankfurt (Recht VII, S. 263) mit Recht angenommen hatte, etwa in der Art, daß der Verkäufer gemäß § 372 BGB. auf Grund des Annahmeverzuges deponieren und gleichzeitig dem Käufer nach § 326 BGB. eine Frist unter Androhung der Erfüllungsablehnung setzen könnte, verbiete sich aus dem Grundsatz: confusione extinguitur obligatio ac solutione, ebenso auch eine elective Konkurrenz in der Art, daß erst der tatsächliche Erfolg der Geltendmachung des einen Rechtes das andere ausschlösse.

Der angezogene lateinische Grundsatz findet hier, wie wir gezeigt zu haben glauben, keine Anwendung, sodaß das in ihm enthaltene Dogma kein Hinderungsgrund für die Annahme einer kumulativen Konkurrenz ist.

Nach unserer Ansicht bestehen die Annahmelast und die Abnahmepflicht nebeneinander, ohne sich gegenseitig zu beeinflussen. Es ist richtig, daß sie sich auf annähernd die gleiche Tätigkeit beziehen, nämlich auf die Gläubigertätigkeit bei der Uebergabe. Hierüber wird weiter unten zu reden sein. Diese Aehnlichkeit des Substrates beider Obliegenheiten ist aber ohne jede Bedeutung. Der rechtliche und wirtschaftliche Zweck ist verschieden, wie aus den folgenden Ausführungen hervorgehen wird.

Die Abnahmepflicht ist die Pflicht, den Schuldner von der Sache zu befreien. Es ist nicht nötig, dies so eng auszulegen, wie es Hohenstein bei seiner weiteren Betrachtung tut. Er führt nämlich aus, die Uebergabe von seiten des Verkäufers sei die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes. Diese unmittelbare Besitzverschaffung des § 433 BGB. erfolge durch unmittelbare Uebertragung der physischen Herrschaft oder durch Erfüllungs-(Traditions-) Surrogate. In §§ 930, 931 BGB. heiße es: „die Uebergabe kann ersetzt werden". Es sei zweifellos, daß der Uebergabebegriff des § 433 identisch sei mit dem der §§ 929 ff. Besitzüberweisung und Besitzkonstitut kämen daher bei Fortbestehen der Abnahmepflicht nicht in Betracht. Die Abnahmepflicht sei die Pflicht, eine Sache körperlich, physisch, wegzuschaffen, sie könne naturgemäß nur dort Platz greifen, wo die Möglichkeit gegeben sei, die Sache körperlich zu ergreifen. Das geschehe aber nur dort, wo die Uebergabe eine körperliche sei, also

nur bei derjenigen Besitzverschaffung, durch die der Erwerber einen unmitelbaren Einfluß auf den Kaufgegenstand erhalte. Weiter: „Da das Uebergabesurrogat . . . die Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber enthält, daß der Erwerber nur den mittelbaren Besitz der Sache erlangen soll, so wird hierdurch die Abnahmepflicht, als unmittelbare Sich-Besitzverschaffungspflicht vertraglich ausgeschlossen." (S. 72.)

Nach unserer Ansicht ist die Abnahmepflicht keineswegs eine S i c h-Besitzverschaffungspflicht. Ob s i c h der Käufer Besitz schafft oder nicht, ist seine Sache. Seine Pflicht ist lediglich, dem Verkäufer die Sache abzunehmen. Liegt die Sache im Lagerhaus eines Dritten, so nimmt der Käufer pflichtgemäß die Sache ab, indem er den Verkäufer vom mittelbaren Besitz befreit, sei es, daß er selbst den mittelbaren Besitz übernimmt, sei es, daß er einen Vierten angibt, der den mittelbaren Besitz übernehmen soll und will. Im Fall der Vindikationscession also wird nach unserer Ansicht die Abnahmepflicht nicht vertraglich ausgeschlossen, sondern die Abnahme erfolgt gerade durch die Vornahme der Zession. Auch im Falle eines Besitzkonstituts halten wir an der Abnahmepflicht fest. Der Inhalt des Konstituts ist freilich, daß der Verkäufer nicht vom Besitz befreit werden will noch soll, sondern daß er den Besitz behalten soll. Immerhin ändert sich an seiner Besitzerstellung zur Kaufsache doch etwas. Besaß er nämlich vor Abschluß des Konstitutes, d. h. vor der Uebergabe, die Sache als Eigenbesitzer, so hat er sie nachher als Fremdbesitzer. Es bleibt also eine Abnahmehandlung möglich, nämlich die, den bisherigen Eigenbesitzer zum Fremdbesitzer zu machen, indem man sich selbst oder einen anderen als Besitzmittler bestellt. Wie die Inanspruchnahme eines Lagerraumes oder eines Fasses durch die Kaufsache dem Verkäufer unangenehm sein kann und deshalb den Wunsch, sich von der Sache befreit zu sehen, begreiflich erscheinen läßt, so sind auch Fälle denkbar, wo der Eigenbesitz Belästigungen verursacht, die der Fremdbesitz nicht mit sich bringt. Dies könnte beispielsweise dann der Fall sein, wenn die Kaufsache ein Automobil ist, dessen Eigenbesitz erhöhte Haftpflicht mit sich bringt.[1])[2])

[1]) Nach § 7 des Reichsgesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. 5. 1909 haftet der Automobilhalter in erster Linie. Automobilhalter ist derjenige, der das Kraftfahrzeug für

Auch hinsichtlich der Pfändbarkeit einer Sache ist es oft angenehmer, Fremdbesitzer als Eigenbesitzer zu sein. Man erlebt nicht selten, mit welchem Interesse Vollstreckungsschuldner die Rechte wirklicher oder angeblicher Eigentümer solcher Sachen wahrnehmen, die sie, die Schuldner, im Besitze haben und die bei ihnen gepfändet worden sind.

---

eigene Rechnung in Gebrauch hat, wobei es nach RG. 78/179 auf den Eigenbesitz, d. h. darauf, ob der Halter Eigentümer, Pächter, Mieter oder Entleiher ist, nicht ankommt. Im Falle des Kaufes eines Automobils sind gleichwohl die Aenderungen, die das vollzogene Besitzkonstitut mit sich bringt, in vielen Fällen ausschlaggebend für die Haftpflicht. Aus diesem Grunde kann der Verkäufer durchaus daran interessiert sein, daß der Käufer dem Besitzkonstitut zustimmt.

[2]) Der Begriff der Abnahme ist äußerst umstritten. Unsere hier dargelegte Ansicht findet sich bei Jacobi, Iher. Jahrb. 45/273 und in Staudingers Erl. I x 2 a.

Abweichend wird die Abnahme als Entgegennahme der Sache aufgefaßt vom Reichsgericht, II. Ziv.-Sen., in 53/162; 56/173; 57/105; ebd./401, 405; Jur. Woch. 06/688; Warn. 1918/246. Aehnlich auch Rosenberg Iher. Jahrbuch 43/254 und Lehmann DJZ. 02/493.

Vermittelnd: Siber, Rechtszwang 42 ff.; Oertmann Erl 3 b 2; vgl. auch ebd. Erl. 654 b.; pass.

Abnahme = Annahme: Rümelin (227), Striebinger (16), Oertm. in Ehrb. Hdb. IV 2 404; Laband Arch. ziv. Pr. 74/304; Hohenstein aaO. 69 ff.; Cosack § 192 II; Staub Erl. zu § 373 HGB. A. 1 ff.; Adler ZfHR. Bd. 71: Abnahme ist die Annahme, zu der man verpflichtet ist. (Bei Oertm. falsch zit.)

Oertmann meint (536 epsilon), eine sichere Entscheidung sei kaum möglich, doch habe die Mittelmeinung am Meisten für sich, Jacobis Beschränkungen der Abnahmepflicht als bloßer Hinwegnahme dürften dem Gesetze fremd sein.

Vgl. ferner: Dür.-Hach. 2 III 133 ff. A. 154; RG. V. Zivilsenat in 53/70; 69/103; Recht 1916 Nr. 1277; OLG. 7/282 statuiert besondere Pflicht zur Entgegennahme, wie in PrALR. I 11 § 125 auf Grund der Motive II, 317; dagegen sprechen Prot II/50; auch die bei Planck weiter zitierte RGE. Recht 05/16 Nr. 24.

Gegen die Ansicht, daß Abnahme eine Rechtspflicht sei, äußern sich: Kohler aaO.; Romeick I 56 ff., 101 Nr. 6; u. a.

Zur Frage, ob Rechte aus 325 II 326 BGB. geltend gemacht werden können, vgl. die bei Planck zu § 433 angegebene Literatur und reichhaltige Rechtsprechung, namentlich aber auch die im Ergebnis richtigen Ausführungen von Hohenstein aaO. zu Beginn von dessen Aufsatz. Neueste veröffentlichte Reichsgerichtsentscheidungen anscheinend 92/268; 101, 431.

Aus der Zahl der Kontroversen geht hervor, daß die Frage der Abnahmepflicht dogmatisch noch ungeklärt ist. Fast jeder Autor hat eine andere Meinung.

Auch für den Fall eines Besitzkonstitutes also kann die Abnahmepflicht eine Rolle spielen.

Daß der Verkäufer keinen Anspruch darauf hat, daß der Käufer s i c h Besitz verschafft, ergibt sich schon aus der Tatsache, daß es dem Käufer unbenommen ist und sein muß, der Abnahmepflicht zu genügen, indem er die Vernichtung der Sache vornimmt oder gestattet. Handelt es sich z. B. um Faßwein, so muß es genügen, wenn der Käufer den Verkäufer dazu ermächtigt, das Faß auslaufen zu lassen. Sollte der Verkäufer darüberhinaus die Klage darauf haben, daß der Käufer den Wein erst in Besitz nimmt, um ihn dann selbst zu vernichten? Es sind ja geradezu Fälle denkbar, in denen die Vernichtung der Sache der eigentliche Zweck des Vertrages ist. Wir meinen hier nicht den oben genannten Fall des Abfallkaufs und dergl., sondern diesmal soll der Käufer das Interesse an der Beseitigung der Kaufsache haben. Als Beispiel sei angeführt, daß jemand ein ihn kompromittierendes Buch beseitigen will, indem er die ganze Auflage aufkauft.

Wenn Hohenstein weiter feststellt, daß beim Holkauf die Abnahme insofern Bestandteil des Uebergabegeschäfts sei, als sie denjenigen Bestandteil darstelle, der einerseits den Uebergabeakt äußerlich beende, andererseits den Besitzerwerbswillen des Käufers dokumentiere, so ist dem nur bedingt zuzustimmen. Es wird sicherlich in einer großen, wahrscheinlich in der überwiegenden Anzahl aller Fälle so sein. Als begriffswesentlich kann aber weder die Beendigung des Uebergabegeschäfts, noch auch der Besitzerwerbswille des Käufers angesehen werden. Die Abnahme ist ein Bestandteil der Uebergabehandlung, da ohne Abnahme keine Uebergabe denkbar ist. Dagegen ist wohl eine Abnahme denkbar, ohne daß es zur Uebergabe kommt. Das Gesetz selbst macht zwischen beiden Begriffen auch im § 448 BGB. einen Unterschied, den Hohenstein erwähnt.

Auch der Begriff der Ablieferung ist umstritten. Hohenstein schließt sich der heute herrschenden Ansicht an, wonach die Ablieferung ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, die in körperlicher Aushändigung der Sache bestehe, durch welche der Uebergang des physischen Vermögens, mit Ausschluß anderer über eine Sache zu verfügen, von dem einen Kontrahenten auf den anderen vermittelt werde. Sie sei

nicht mehr und nicht weniger als die bloße Bereitstellung des Gutes zur Abnahme und könne ohne jede Mitwirkung des Käufers, die an und für sich möglich sei, ja sogar in dessen Abwesenheit erfolgen. Ablieferung und Abnahme verhielten sich daher wie Vorleistung und Nachleistung. Wäre, so meint Hohenstein, Mitwirkung des Käufers zur Ablieferung erforderlich, so könnte dieser durch Verweigerung der Mitwirkung, die nur in dem Anwesendsein zu bestehen brauchte, den Effekt der Ausführungshandlung der Ablieferung und damit den Abnahmeverzug vereiteln. Denn ehe abgeliefert sei, sei die Abnahme nicht fällig.

Bei der Betrachtung des Verhältnisses der Ablieferung zur Uebergabe kommt Hohenstein zu dem Ergebnis, daß die Ablieferung eine einseitige Handlung sei, die allerdings in der Richtung auf eine bestimmte Person hin erfolgen müsse, die Uebergabe dagegen ein Rechtsgeschäft, d. h. Willenseinigung zweier Personen. Ablieferung und Uebergabe könnten zeitlich auseinanderfallen, der Verkäufer könne sich der Uebergabepflicht entledigen, ohne abgeliefert zu haben. Das sei dann der Fall, wenn nach § 447 BGB. dem Spediteur, Frachtführer usw. die Sache ausgeliefert sei. Damit habe der Käufer noch nicht die Möglichkeit, die Abnahmehandlung vorzunehmen. Diese Möglichkeit trete erst ein, wenn die Tätigkeit der Post, des Schiffers usw. ihr Ende erreicht habe. Diese letzte Ausführung Hohensteins widerspricht seiner eigenen oben zitierten Behauptung, daß die Ablieferung Bestandteil des Uebergabeaktes sei. Es kommt uns hier jedoch auf diese Frage nicht an, vielmehr darauf, daß man aus den Darlegungen Hohensteins leicht den Eindruck gewinnt, als habe der Verkäufer neben der im § 433 BGB. statuierten Uebergabepflicht oder als einen Teil dieser Uebergabepflicht noch eine Ablieferungspflicht. Hiervon steht nichts im Gesetz, man begegnet dem Begriff der Ablieferungspflicht indessen sehr häufig in Literatur und Rechtsprechung. Die Ablieferung spielt auch in der Tat eine gewisse Rolle. Damit verhält es sich folgendermaßen:

Ablieferung ist die Tätigkeit, die der Abnahmepflicht des Käufers gegenübersteht, das heißt das, was der Verkäufer tun muß, um dem Käufer die Abnahme zu ermöglichen. Diese Begriffsbestimmung ist u. E. unbedenklich, wenngleich wir sofort sehen werden, daß der Ausdruck „Ablieferung"

zu Verwirrung Anlaß bietet. Die Ablieferung ist nämlich ihrerseits keine Schuldnerpflicht des Verkäufers, sondern eine Obliegenheit, die den Verkäufer als Gläubiger, und zwar als Gläubiger der Abnahmepflicht trifft. Es hört sich zunächst sonderbar an, daß der Verkäufer zur Ablieferung nicht verpflichtet sein soll, wo er doch zur Uebergabe verpflichtet ist. Es verhält sich damit aber ähnlich wie mit dem Begriff „Abnahme". Auch die Abnahme ist an und für sich eher ein Recht, als eine Pflicht des Käufers. In Bezug auf sie hat das Gesetz die Rollen der Parteien vertauscht, indem es den Käufer zur Abnahme verpflichtet. Daraus ergibt sich, daß die der Abnahme gegenüberstehende Ablieferung, die man ihrerseits zunächst als Pflicht des Verkäufers ansprechen möchte, keine solche, sondern vielmehr eine Last ist. Diese Rechtsstellung des Käufers muß bezüglich jedes Begriffes systematisch bis zu Ende gedacht werden.

Es sind also Komplemente auf Seiten des Verkäufers:

a) zur Abnahmepflicht = die Ablieferungslast,

b) zur Annahmelast = die Angebotspflicht.

Hier, wo wir uns vorwiegend mit dem Gläubigerverzug des Käufers zu beschäftigen haben, interessiert die Angebotspflicht, nicht die Ablieferungslast.

Der Klarheit halber sei nur darauf hingewiesen, daß der Verkäufer hinsichtlich der Abnahmepflicht des Käufers in Gläubigerverzug geraten kann. Die Folgen werden allerdings lediglich darin bestehen, daß Schadensersatzansprüche des Verkäufers wegen Unterbleibens der Abnahme dann nicht zur Entstehung gelangen können, wenn der Käufer den Verkäufer vergeblich zur Ablieferung aufgefordert hat.

Festzuhalten bleibt, daß die Pflichten und die Lasten des Käufers unabhängig nebeneinander bestehen. Wir haben oben dargelegt, daß die Ansprüche aus Pflichtverletzung (Schuldnerverzug) und die aus Nichterfüllung einer Last (Gläubigerverzug) in kumulativer Konkurrenz entstehen. Ihr Verhältnis zueinander ist, wie gesagt, das der Unabhängigkeit. Die teilweise Gleichheit der Entstehungstatbestände darf hierüber nicht hinwegtäuschen. Hält man das fest, so mögen folgende Definitionen ihre Gültigkeit haben:

Abnahmeverzug = schuldhafter Annahmeverzug (Staub, Anm. 1 zu § 373 HGB.; desgl. Cosack 1 § 130, 6, 3; Crome, II, 415; Dernburg, B. R. II, § 74; ähnlich Jacobi 283: der Un-

terschied zwischen Annahme und Abnahme liege darin, daß das Gesetz von Annahme spreche, wenn der Erwerber als Gläubiger und von Abnahme, wenn er als Schuldner in Betracht komme).

Rosenberg und Makower haben sich um den Nachweis bemüht, daß Abnahmeverzug vorliegen könne, ohne daß Annahmeverzug gegeben sei.

Rosenberg führt hierzu aus (Ih. Jb. 43/260):

„Wenn der Käufer erklärt, er billige die Ware als vertragsmäßige und erkenne an, daß der Schuldner befreit, das Schuldverhältnis beendet sei, indem er vielleicht gleichzeitig auf die Ware verzichtet, sich aber weigert, die Ware abzunehmen, so ist der Zweck des Angebotes als Voraussetzung des Annahmeverzuges, nämlich das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen, erreicht. Der Verkäufer kann daher in diesem Falle nur sein Recht aus dem Abnahmeverzug, nicht aber aus dem Annahmeverzug geltend machen."

Hohenstein meint (79), dies sei nicht vollständig richtig. Die Annahme, die Entgegennahme der Leistung als Erfüllung durch den Käufer, habe beim Kaufvertrage zwei gleich essentiale Handlungen des Verkäufers zum Gegenstande, die Uebergabe und die Rechtsverschaffung. Auf letztere könne der Verkäufer verzichten, (allerdings gemäß § 397 BGB. nur durch Vertrag, doch das Fehlen einer Klage des Schuldners auf Annahme (s. aber § 304 BGB.) stelle den Gläubiger fast ebenso, als wenn ein Verzichtsvertrag geschlossen wäre), dagegen nicht auf die Uebergabepflicht, die, soweit die Abnahme in Frage stehe, eine Ablieferungspflicht sei. Hier sei das Annahmerecht mit der Abnahmepflicht identisch und das Nichtausüben dieses Rechtes bedeute stets nicht nur ein bloßes „Verschulden gegen sich selbst".

Auch bei dieser Frage empfiehlt es sich, die Annahmelast und die Abnahmepflicht getrennt zu betrachten. Tut man das, so ergibt sich, daß der Käufer allerdings, wenn er die Ware als vertragsmäßig und den Schuldner als befreit anerkennt, nicht mehr in Annahmeverzug geraten kann. Ob daneben die Abnahmepflicht bestehen bleibt, ist eine andere Frage. Nach unserer Ansicht ist sie zu verneinen, doch herrscht hierüber Streit, namentlich, da die Frage, ob die Verletzung der Abnahmepflicht die Rechte aus § 326 BGB. zur Entstehung bringen kann, noch immer ungeklärt ist. Es

ist hier nicht der Ort, auf die Einzelheiten dieses Problems einzugehen, für uns ist nur wesentlich, daß eine notwendige Verbindung der Abnahmepflicht mit der Annahmelast nie besteht, eine getrennte Betrachtung immer möglich bleibt.

Das Kaufrecht bietet demnach hinsichtlich der Frage des Gläubigerverzuges keine Besonderheit gegenüber den anderen Vertragstypen. Ob der Verkäufer im Einzelfalle von seinem Recht aus dem Gläubigerverzug Gebrauch machen wird, bestimmt sich nach Lage des Falles. Im Allgemeinen wird die Haftungseinschränkung und die Konkretisierung als wichtige Rechtsfolge in Anspruch genommen werden.

Wir wenden uns nunmehr der Frage zu, um derentwillen wir die Begriffe der Gläubigerlast hier erörtert haben, nämlich welches der Einfluß eines mangelhaften Angebotes auf die Obliegenheit des Gläubigers ist.

Zu Beginn der hierzu zu machenden Ausführungen sei noch bemerkt, daß sich zeitweise die Ueberlegung in der Wissenschaft geltend machte, ob überhaupt ein Institut „Gläubigerverzug" erforderlich und angebracht sei. Es wurde angeregt, die einschlägigen Fragen nach der Unmöglichkeitslehre zu entscheiden, indem man etwa sagte, die Erfüllung werde dem Schuldner durch das Verhalten des Gläubigers unmöglich gemacht, wenn dieser sich zur Mitwirkung nicht bereit finden wolle. Die weitere Regelung könne daher genau so getroffen werden, wie bei einer anderen, vom Gläubiger herbeigeführten und zu vertretenden Unmöglichkeit. Titze (Unmöglichkeit, pass.) hat hierzu ausgeführt, daß ein solcher Gedankengang zu bekämpfen sei, es sei vielmehr Aufgabe der Wissenschaft, eine strikte Trennung zwischen Verzugs- und Unmöglichkeitslehre zu suchen. Auf welche Weise diese Trennung zu begründen sei, sagt Titze nicht. Aus den oben gemachten Ausführungen geht nach unserer Ansicht hervor, woran die Angleichung des Gläubigerverzugsrechts an die Unmöglichkeitslehre scheitern muß: um dem Schuldner zu seinem Rechte zu verhelfen, würde immer eine verschuldete (zu vertretende) Unmöglichkeit erforderlich sein. Da der Gläubiger aber ohne Verschulden in Verzug geraten kann, so würden diese Fälle nicht erfaßt werden. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, auf die systematischen Bedenken, die der angeregten Lösung entgegenstehen würden, im Einzelnen einzugehen.

Die angeschnittene Frage hat neuerdings wieder eine Rolle zu spielen begonnen, als nämlich Kaskel seine Lehre von der rechtlichen Bedeutung einer Betriebsstockung entwickelte. (Kaskel, Arbeitsrecht, S. 89.)

Kaskel führte folgendes aus:

„Betriebsstockungen (Betriebsstörungen) endlich haben ebenfalls die Unausführbarkeit der vertragsmäßig übernommenen Arbeit und damit deren Nichtleistung zur Folge. Hierher gehören vor allem die Fälle des Mangels an Rohstoffen, der Zerstörung des Betriebes und des Teilstreiks (z. B. der Belegschaft des Kraftwerks einer Straßenbahn, so daß das Fahrpersonal wegen Stromlosigkeit nicht fahren kann). Ob in diesen Fällen trotz Nichtleistung der Arbeit ein Lohnanspruch besteht, ist heftig umstritten. (Folgt Literatur.) Regelmäßig wird hier entweder Unmöglichkeit der Arbeitsleistung angenommen, weil die Arbeitnehmer infolge der Betriebsstockung nicht in der Lage wären, die ihnen obliegende Arbeit auszuführen (Lit.) oder aber Annahmeverzug, weil nicht der Leistungsanteil der Arbeitnehmer, sondern lediglich die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers unmöglich werde. (Lit.) Nach der ersten Ansicht wird daher, wenn die Unmöglichkeit von keinem Teil zu vertreten ist, gemäß § 323 BGB. das Bestehen eines Lohnanspruchs des Arbeitswilligen verneint, von der zweiten Ansicht dagegen, da der Annahmeverzug des Arbeitgebers von einem Verschulden unabhängig ist, gemäß § 615 BGB. bejaht."

„Beide Ansichten gehen indessen m. E. von der unrichtigen Auffassung aus, daß die Beschaffung der „Substrate" der Arbeit, (d. h. in diesem Fall die Beschaffung eines normal funktionierenden Betriebes) eine bloße Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers sei, während es sich dabei in Wahrheit um eine eigene vertragliche Leistungspflicht des Arbeitgebers handelt. Erfüllt der Arbeitgeber diese Pflicht nicht, so kommt er niemals in Annahmeverzug, sondern höchstens in Leistungsverzug . . ." Soweit Kaskel. Es darf zunächst bemerkt werden, daß, hätte Kaskel recht, der Arbeitgeber gleichwohl in Annahmeverzug und in Leistungsverzug geraten könnte, ähnlich wie wir es oben bei der Verletzung der Abnahmepflicht gesehen haben. Im übrigen ist Kaskels Ansicht aber nicht durchgedrungen. Die Substratbeschaffungspflicht, die Kaskel (S. 114ff.) auf § 618 BGB.

stützt, ist von der Mehrheit der Autoren aus u. E. zutreffenden Gründen abgelehnt worden, namentlich deshalb, weil man aus § 618 BGB. nicht die Folgerung ziehen kann, daß die Beschaffung der Räume, Vorrichtungen usw. als solche eine Schuldnerpflicht des Dienstberechtigten bedeutete, sondern nur die, daß, w e n n der Dienstberechtigte in Räumen, mittelst Vorrichtungen usw. arbeiten lasse, diese den aufgeführten Erfordernissen genügen müßten.

Die arbeitsrechtliche Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen einer solchen aus § 618 BGB. hervorgehenden Leistungspflicht kann im Rahmen unserer Untersuchung als solche keine Rolle spielen und nicht zur Klärung geführt werden. Es ist für uns nur wesentlich, einmal einen Fall zu sehen, wo die Unmöglichkeitslehre und die des Gläubigerverzuges sich gegenseitig die Vorherrschaft streitig zu machen suchen, und zum anderen darauf hinzuweisen, wie wenig Zutrauen man zum Lastbegriff hat. Die Mitwirkungshandlung genügt vielen nicht; um den Schuldner sicher zu stellen, streben sie nach der Statuierung einer Leistungspflicht. Es kann nicht fraglich sein, daß aus der gleichen Erwägung heraus die Einführung der Abnahmepflicht in das Kaufrecht erfolgt ist, mit der sich freilich die Wissenschaft inzwischen abgefunden hat, wenngleich sie, wie uns scheinen will, im Rahmen der Schuld-Lastlehre keine glückliche Rolle spielt.

Wir wollen nun nach den oben entwickelten Grundsätzen die Rechtslage beim mangelhafthen Angebot untersuchen. Es gibt, so weit man der Entstehungsgeschichte der Lasten-Lehre nachgeht, keinen Autor, der sie aufgebracht oder auch nur systematisch dargestellt hätte, wenn man von Arbeiten wie diejenige Buchka's (Die indirekte Verpflichtung zur Leistung, 1904) es ist, absieht. Buchka, der, wie der Titel seines Aufsatzes schon andeutet, einen neuen, der Last nicht unähnlichen Begriff einführen wollte, fand nicht den nötigen Anklang. Staudinger gibt der Gegenmeinung den treffendsten Ausdruck, wenn er sagt (S. 207): „Der Begriff einer indirekten Verpflichtung ist unklar und geeignet, falsche Vorstellungen im Sinne einer natürlichen Verbindlichkeit hervorzurufen." Aber diese Gegenmeinung stellt nicht fest, daß das, was mit diesem Begriff umrissen werden sollte, nicht existiere. Die Tatsache, d a ß so etwas

wie Last oder Gläubigerobliegenheit besteht, ist anerkannt. Diese Meinung hat sich aber in die Wissenschaft gleichsam durch eine Hintertüre unbemerkt eingeschlichen. Wir haben oben den Versuch unternommen, darzutun, wie wenig man zu Kohlers Zeiten, d. h. um die Jahrhundertwende, von den Konsequenzen dieser Erkenntnis wissen wollte. Die Gewährsleute für die Lehre von der Last kann niemand angeben, der Begriff führt auch, wie wir schon erwähnten, in den heutigen bürgerlich-rechtlichen Lehr- und Kommentarbüchern ein anonymes Dasein[1]). Und doch sind seine Auswirkungen namentlich im Kaufrecht erheblich. Wir werden das im Folgenden dartun.

§ 294 verlangt, daß die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden muß, damit er in Verzug kommen kann. Es fragt sich, ob ein mangelhaftes Angebot dieser Vorschrift genügt. Man wird zunächst diese Frage verneinen, indem man sagt, daß die Leistung mangelfrei und nicht mangelhaft zu bewirken sei. Hierbei scheint es gleichgültig, welcher Natur der Mangel ist, denn in jedem Falle ist er eben ein „Mangel", der nicht vertragsmäßig ist. Das Reichsgericht hat (111, 89) einen Fall entscheiden, in dem eine mit einem Rechtsmangel behaftete Ware dem Käufer angeboten worden war. Der Käufer hatte, ohne sich auf den ihm unbekannten Mangel zu berufen, die Annahme abgelehnt. Das Reichsgericht stellt die Mangelhaftigkeit der Ware fest und fährt dann fort:

„Mit Rücksicht hierauf kann das Leistungsangebot des Klägers von Anfang Mai 1920 nicht als ein vertragsmäßiges im Sinne von § 294 BGB. gelten, da die Ware mit einem Rechtsmangel behaftet war; mit Recht ist daher aus diesem Grunde ein Annahmeverzug des Beklagten in der Ablehnung jener Leistung vom Berufungsgericht nicht erblickt worden. Ohne Bedeutung ist dabei, daß die Beklagte sich bei Ablehnung des Angebots auf den ihr damals noch nicht bekannten Mangel gar nicht berufen hat. Entscheidend ist allein, daß die Leistung infolge des Rechtsmangels tatsächlich nicht genügte."

Das Reichsgericht sagt also, daß das, was wir mit Annahmelast bezeichnen, durch ein mangelhaftes Angebot nicht

[1]) Vielleicht stammt er aus dem Prozeßrecht, in dem er sehr gut ausgebildet ist.

ausgelöst werde, oder wenn man so sagen will, nicht zur Fälligkeit gelange. Wir wollen sehen, ob diese Ansicht sich mit den oben entwickelten Grundsätzen deckt.

Es ist bereits dargelegt worden, daß die Leistung des Schuldners oft nicht oder nur zum Teil überhaupt annahmebedürftig ist, und daß in solchen Fällen nur hinsichtlich des annahmebedürftigen Teils von Gläubigerverzug die Rede sein kann. Andererseits ist es beim Kaufvertrag so, daß sowohl die Uebergabe als auch die Eigentumsverschaffung eine Annahme erfordern. Gerät der Gläubiger aber mit einer dieser beiden, von einander an sich zu trennenden Annahmen, in Verzug, so treten die Verzugsfolgen hinsichtlich der angebotenen Sache ein, da die Leistung des Schuldners eben in Uebergabe und Eigentumsverschaffung besteht.

Was hat nun der Schuldner zur Annahme anzubieten?

Wenn wir zunächst den Sachkauf betrachten, so läßt sich der Grundsatz aufstellen, daß der Schuldner die gekaufte Sache anzubieten habe. Hat er also eine Speziessache verkauft, so muß diese angeboten werden. Hat er eine nur der Gattung nach bestimmte Sache verkauft, so hat er eine Sache von mittlerer Art und Güte anzubieten (§ 243 I BGB.). Die beiden Fälle liegen insofern nicht gleich, als das eine mal eine Sache, ein körperlicher und konkreter Gegenstand geschuldet wird, während im anderen Falle ein nur abstrakt bestimmter Gegenstand Objekt der Leistungspflicht ist. Die Erfüllung der Verbindlichkeit kann auch bei Gattungsschulden nur durch eine konkrete Sache geschehen. Die Rechtsordnung bestimmt demgemäß den Zeitpunkt, in dem sich der Vorgang der Konkretisierung vollzieht, d. h. in dem gleichsam aus der abstrakten Bestimmung die Sache selbst wird. Von diesem Augenblick ab wird diese Sache geschuldet. Regelmäßig tritt der Augenblick der Konkretisierung dann ein, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat (§ 243 BGB.). Im § 300 BGB. ist eine frühere Konkretisierung angeordnet. Im Allgemeinen wird der Schuldner mit dem ordnungsmäßigen Angebote zugleich auch die Bedingung des § 243 BGB. erfüllt, d. h. das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan haben. Die Vorschrift des § 300 BGB. wird aber dann praktisch in Erscheinung treten, wenn eine Verbaloblation genügte, also bei Holschulden. In diesem Falle muß zu dem Angebot natur-

gemäß die Ausscheidung einer bestimmten Sache treten, auf die sich das Schuldverhältnis dann, wenn der Gläubiger die Sache ablehnt, beschränkt. (Vgl. hierzu: Staud. 215; Fischer Jh. Jhb. 51/159—238; Recht 06, 2075, 2906; Reichel, Schuldmitübernahme 360, 465; Ennecc. 171; Rosenberg 278).

Im Falle des § 243 BGB. tritt die Konzentration schon mit dem Angebot, in dem des § 300 BGB. erst mit der Ablehnung desselben ein.

Es bedarf keiner Ausführung, daß der Schuldner einer Speziessache nur diese anbieten kann. Auch wenn die Sache mangelhaft ist, muß der Schuldner sie anbieten. In solchen Fällen hat er die Gewährleistungspflichten der §§ 433 ff. und 459 ff. BGB. Das BGB. unterscheidet hier die Gewährleistung für Rechtsmängel und diejenige für Sachmängel. Während die erstere nach „herrschender Meinung, Theorie und Rechtsprechung" (Ennecc. § 330 A. 6) „nicht die Folge einer besonderen gesetzlichen Garantiepflicht, sondern ein Teil der Erfüllung des Vertrages" ist, wird die Sachmängelhaftung allgemein als eine von der eigentlichen Leistungspflicht getrennte Verpflichtung angesehen. (Staudinger S. 644, 648, Mot. II, 211.) Zu dieser Frage nimmt Planck (S. 697 c) ausführlich Stellung. Er legt dar, die Haftungspflicht des § 459 BGB. bedeute nicht, daß beim Spezieskaufe die Fehlerfreiheit zur Erfüllungspflicht gehöre, denn sonst würde der Verkäufer, wenn sich der Mangel nicht beseitigen lasse, zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet sein. (Planck, S. 197, 214 Vorb. I 5 b, IV, 1 c zu 275 ff.; desgl. Oertmann Erl. 2 a δ zu 433; Dernburg-Raapē II, § 184, I, und § 185 Anm. 4; Enneccerus I § 335 I; Endemann I, § 160 Nr. 3 c; § 161 Nr. 1 b; von Gierke III § 194, II, 3; Landsberg I 428 § 128; Düringer-Hachenburg 2, III 95 Anm. 115; Oertmann in Ehrenbergs Handbuch IV, 2, 395 ff.; 474 hff.; Krückmann 4, § 9 III S. 99 ff.; Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern 49/93 ff.; Wolff, ebd., 56/1 ff.; Haymann, Anfechtung usw. 13; Roth, Jur. Woch. 1913/1081; Krückmann in LZ. 1915/1351, 1559). Die gleichfalls von Planck zitierte Gegenmeinung findet sich namentlich im KvRGRt-Erl. 8 I b zu 433, 2 zu 459, weiter vertritt sie Kluckhohn, Gruch, 59/1038 ff.; Dörr in LZ. 1918/888; Adler ZfHR. 75/453 ff. und Kohler II, 1, 71 ff. Vgl. auch OLG. 36/43. Neuerdings: Süß aaO. S. 50 ff. Der herschen-

den Meinung, daß die Gewährleistungspflicht nicht Bestandteil der Leistungspflicht sei, wenn sie sich auf Mängel einer Speziessache bezieht, ist u. E. beizustimmen. Plancks oben erwähnte Argumentation, daß bei einem nicht zu beseitigenden Mangel die Gegenmeinung dazu führe, daß der Verkäufer zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet sei, ist überzeugend. Man könnte freilich einwenden, daß ein zwingender Hinderungsgrund in dieser möglicherweise eintretenden Unmöglichkeit nicht zu finden ist. Denn auch in anderen Fällen ist der Schuldner zu einer unmöglichen Leistung primär verpflichtet, ja, das Gesetz erkennt trotz der Vorschrift des § 306 BGB. im § 281 BGB. den Gegenstand, dessen Leistung unmöglich geworden ist, immer noch begrifflich als „geschuldeten Gegenstand" an. § 306 bezieht sich ja auch nur auf den Fall der objektiven Unmöglichkeit, die dann vorliegt, wenn die gekaufte Speziessache mit einem objektiv nicht zu beseitigenden Mangel versehen ist. Sieht man die Gewährleistungspflicht als Bestandteil der Leistungspflicht an, so müssen in einem solchen Falle eben die Vorschriften der § 306 ff. in Kraft treten. Als lex specialis für den Fall teilweiser Unmöglichkeit könnte man dann die Vorschriften des Kaufrechts über die Mängelhaftung ansehen. Immerhin ist diese Konstruktion nicht überzeugend, sie scheitert u. E. vor allem daran, daß sie den Begriff des Spezieskaufes verkennt. Beim Spezieskauf ist die gekaufte Sache geschuldet und nichts Anderes. Sieht man die Fehlerfreiheit als Bestandteil der Leistungspflicht an, so unterschiebt man dem Schuldverhältnis an Stelle der Speziessache einen Begriff, nämlich den der fehlerfreien Speziessache. Damit entfernt man sich vom Standpunkt des Gesetzes, das nur die körperliche Sache selbst, wie sie ist, als geschuldet ansieht, wie sich aus den Vorschriften über Gefahrtragung, Unmöglichkeit usw. zwingend ergibt. Der Verkäufer ist also verpflichtet, die Speziessache zu leisten. Weist diese Mängel auf, so treten neue Verpflichtungen nach Wahl des Käufers ein (Wandelung oder Minderung). Es ist nicht nötig, hier auf die umstrittene Frage einzugehen, in welcher Weise diese neuen Verpflichtungen zur Entstehung kommen. Sicher ist, daß sie nicht bereits mit der Mangelhaftigkeit als solcher ins Leben treten, sondern daß es eines besonderen Aktes des Gläubigers bedarf, sie hervorzurufen.

Der Kaufvertrag als solcher bleibt durch die Mangelhaftigkeit der Speziessache unberührt. Dies ist allerdings nicht unbestritten. (S. Oertmann, Vorb. 2 c vor 459, Cosack § 127 VI 2 b; Baum DJZ. 02/144; Crome II, § 220; Matthiass § 106 II F; Lent, Gesetzeskonkurrenz I, 345 f; Schwaiger, Seuff. Bl. 09/325; Gmelin Recht 07/748; Kiehl JW. 1914/503; Gruch Beitr. 60/628; Schmidt, Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kauf in ihrem Verhältnis zueinander, Diss. Bonn 1910; derselbe, Gesetzeskonkurrenz 85 ff.; Adler ZfHR. 75/496; Meisner, 21 ff.; OLG. 10/61.) Demgegenüber stehen die meisten Autoren auf dem Standpunkte, daß sich die Vorschriften über die Irrtumsanfechtung beim Vorliegen aedilizischer Mängel nicht anwenden lassen. (Planck, II,2 693 mit der zit. Lit.; Enn. I 335 III; vgl. auch Betzinger Recht 03/276; Danz in Iherings Jhb. 46/463 ff.; Roth, Irrtum und Gewährleistung in LZ. 1919/617.) Das Reichsgericht hat in den Entscheidungen 99/147 und in LZ. 1919/1010 ausgeführt, daß die Irrtumsanfechtung dann nicht mehr gegeben sei, wenn die Kaufsache dem Käufer übergeben worden sei. Planck wendet sich aaO. dagegen, u. E. mit Recht. Wenn die Irrtumsanfechtung überhaupt möglich ist, so ist kein Grund dafür, sie mit der Uebergabe erlöschen zu lassen. Wir stimmen Planck zu, der aus der Tatsache, daß die Tatbestände des § 119 und des § 459 BGB. verschieden sind, folgert, daß die Irrtumsanfechtung neben dem Wandelungs- und Minderungsanspruch keinen Platz hat und auch nicht an die Stelle dieser Ansprüche treten kann.

Wie es also auch immer mit der Mangelhaftigkeit der Speziessache sei, immer bleibt die Leistungspflicht darauf gerichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu übertragen und ihm deren Besitz zu verschaffen.

Beim Gattungskaufe kann das oben Gesagte nicht gelten. Hier richtet sich die Leistungspflicht von vornherein nicht auf die Lieferung einer bestimmten körperlichen und konkreten Sache, sondern sie ist abstrakt bestimmt. (S. oben S. 42.). Diese Bestimmung ist durch das Schuldverhältnis in gewisser Weise umschrieben, und zwar mangels einer besonderen Vereinbarung dahin, daß eine Sache mittlerer Art und Güte geschuldet wird. Solange die angebotene Sache diese Voraussetzung nicht erfüllt, fällt sie nicht in den umschriebenen Kreis. Mit anderen Worten: die Fehlerfreiheit

der Gattungssache ist insoweit Bestandteil der Leistungspflicht, als das Erfordernis des § 243 I BGB. zu erfüllen ist. Ist aber die Sache von mittlerer Art und Güte, so kann von einer Fehlerhaftigkeit nicht mehr die Rede sein. Planck (735 § 480,1) meint zwar, trotz eines Mangels könne eine Sache die Erfordernisse des § 243 I BGB. erfüllen. Dies ist u. E. nicht denkbar. § 243 I BGB. meint nicht irgend eine beliebige Sache, die an sich die Merkmale mittlerer Art und Güte aufweise, im Uebrigen aber einen individuellen Fehler aufweisen dürfe. Daß eine solche Sache nicht als vertragsmäßige Erfüllung angesehen werden kann ist sicher. § 480 BGB. enthält die Bestimmung, daß der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandelung oder Minderung verlangen könne, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert werde. Diese Vorschrift regelt die im gemeinen Rechte heftig umstrittene Frage, ob die aedilizischen Rechtsbehelfe auch für den Gattungskauf Anwendung finden. (Vgl. hierüber Staud., Bem. II zu 480 und die dort zitierte Literatur.) Manche Schriftsteller sind im Gegensatz zu der oben von uns angenommenen Meinung der Ansicht, daß auch die den Vorschriften des § 243 BGB. entsprechende Sache mangelhaft sein könne. (Staudinger aaO.; Fischer Jher. Jb. 51/212; Planck aaO., doch siehe auch ebenda Bem. 1 zu 480; u. a.) Die herrschende Meinung geht, wie bei Windscheid-Kipp, S. 663, ausgeführt ist, dahin, daß der Käufer die mangelhafte Sache gleichwohl annehmen und auf diese Weise die Konzentration herbeiführen könne, worauf dann die gleichen Vorschriften wie beim Spezieskaufe zur Anwendung kommen. Oertmann (Bem. 2 zu 480) drückt das so aus, daß durch die, wenn schon mangelhafte, Lieferung eine Konzentration des generisch bestimmten Geschäfts auf die gelieferte Spezies eingetreten sei. (Vgl. auch Staud. II b zu 480; Rümelin, Dienst- und Werkvertrag, S. 78; dagegen namentlich Schollmeyer, Iher. Jb. 49/99 ff.) Wir stimmen dieser Ansicht insofern zu, als es auch nach unserer Meinung dem Käufer freisteht, die mangelhaft angebotene Sache anzunehmen und sich alsdann auf die aedilizischen Rechtsbehelfe zu beschränken. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 480 zwingend. Ob aber der Oertmannschen Folgerung zuzustimmen ist, daß die Konzentration durch die L i e f e r u n g der mangelhaften

Sache eintritt, scheint uns fraglich. Ohne Zweifel muß es dem Käufer gestattet sein, den Verkäufer bei seinem mangelhaften Angebote festzuhalten, und zwar auch gegen dessen Willen. Dieser Fall wird dann praktisch, wenn die angebotene Sache untergeht. Die Frage ist auch dafür von Bedeutung, ob es dem Verkäufer gestattet ist, dem Wandelungsanspruche des Käufers durch Lieferung einer mangelfreien anderen Sache zu begegnen. Dies verneinen die Motive (II,242; vgl. Prot. G,717 ff.). Die Konzentration tritt aber u. E. im Falle eines mangelhaften Angebots nicht ipso iure mit der Lieferung ein. Es ist vielmehr dem Käufer überlassen, ob er sie durch Annahme der Sache herbeiführen oder ob er sie verhindern will, indem er sich nicht zur Annahme bereit findet. Staudinger, der im Uebrigen Oertmanns Ansicht beitritt (aaO.) führt selbst alsbald aus, daß „der in § 480 aufgestellte besondere Rechtsbehelf des Anspruchs auf Lieferung einer anderen Sache auf der konstruktiven Anschauung beruhe, daß der Verkäufer durch Leistung einer mangelhaften Sache seiner Pflicht zur Leistung einer mangelfreien Sache noch nicht genügt habe und deshalb bei der Vertretbarkeit des Kaufgegenstandes eine richtige Leistung der mangelhaften substituieren müsse". Diese Worte stellen die Rechtslage genau so dar, wie sie nach unserer Ansicht ist. Eine Pflicht zur Leistung einer mangelfreien Sache besteht, wie oben ausgeführt und dargetan worden ist, beim Spezieskaufe nicht, sondern zunächst nur die Pflicht auf Leistung der Speziessache. Beim Gattungskaufe aber besteht sie. (Vgl. Oertmann S. 532 αα und ββ.) Hieran ändert die Vorschrift des § 480 BGB. nichts, wie wir versuchen wollen, im Folgenden nachzuweisen.

Gegen unsere Ansicht scheint die Ausdrucksweise des Gesetzes zu sprechen, das den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache „statt" der aedilizischen Rechtsbehelfe gibt, woraus man schließen könnte, daß die Leistung einer mangelhaften Gattungssache die Gewährleistungsansprüche auslöst und somit nicht anders dasteht, als wenn es sich um eine mangelhaft gelieferte Speziessache handelte. Es muß aber demgegenüber beachtet werden, daß die Vorschrift des § 480 BGB. nur in dem Falle zur Anwendung gelangt, daß der Käufer die mangelhafte Sache in Unkenntnis des Mangels oder unter Vorbehalt angenommen hat. So mit

Recht Staudinger (aaO. III e), der ausführt, solange der Käufer noch nicht angenommen habe, müßten ihm auch alle Rechte aus der Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages gemäß §§ 320 ff. zustehen. (Vgl. auch Dür-Hach III 194 ff.) Wir möchten darüber hinaus annehmen, daß dem Käufer, solange er nicht angenommen hat, der Anspruch des § 480 BGB. auf Ersatzleistung überhaupt nicht zusteht, daß er vielmehr die Lieferung einer mangelfreien Gattungssache aus dem Vertrage fordern kann. Die Motive sprechen an einer Stelle (II,242) davon, daß der Käufer, wenn er Ersatzlieferung verlange, „eben Erfüllung des Vertrages fordere". Das ist richtig: die Vertragspflicht geht auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Diese vertragliche Leistungspflicht wandelt sich in eine Gewährleistungspflicht, wenn die Konkretisierung eingetreten ist. In diesem Falle nämlich ist der Leistungspflicht als solcher Genüge getan, indem der Verkäufer die Sache geleistet hat, auf die sich das Schuldverhältnis beschränkt. Die Lage ist also in diesem Falle die gleiche wie beim Spezieskauf. Es fragt sich nur, wann die Konkretisierung eintritt.

Wenn es zur Leistungspflicht des Schuldners gehört, eine mangelfreie Sache zu liefern, so hat er mit der Lieferung einer mangelhaften Sache nicht das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan. Es steht beim Käufer, die angebotene Sache gleichwohl anzunehmen. Tut er dies, so gilt die Leistungspflicht als erfüllt, die Konkretisierung auf die mangelhafte Sache als eingetreten. Tut es der Käufer aber nicht, so stellt er sich damit auf den Standpunkt, daß ein ordnungsmäßiges Angebot nicht vorliege. Daß das Angebot nicht ordnungsmäßig ist, haben wir oben darzutun versucht. Der Käufer kann nun den Schuldner in Verzug setzen, er kann aber auch Wandelung geltend machen. Es ist nicht nötig, daß er zu diesem Zwecke die Sache annimmt, um sie alsbald wieder zurückzugeben. Es genügt vielmehr, wenn er ausdrücklich den Wandelungsanspruch geltend macht. Die Rückgabepflicht hinsichtlich der Sache gilt dann dadurch als erfüllt, daß der Käufer die Sache nicht genommen, sondern sie dem Verkäufer belassen hat. Hierüber herrscht kein Streit. In dem Sinne der obigen Ausführungen ist die Reichsgerichtsentscheidung in 69/407. Hier war eine Maschine gekauft, vom Monteur des Verkäufers auf dem Grundstücke

des Käufers aufgestellt und dortselbst in Betrieb genommen worden. Die Ablieferung war somit erfolgt. (Hierzu vgl. RG. in Jur. Woch. 03/244 Nr. 26.) Nachdem der Monteur abgereist war, wurde die Maschine durch Feuer beschädigt. Es war unbestritten, daß die Maschine mangelhaft war. Das Reichsgericht entschied, der Gattungskauf sei durch Lieferung der mangelhaften Maschine noch nicht auf diese konzentriert gewesen. Daher habe der Käufer nach wie vor Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Maschine. Von den Gewährleistungsansprüchen ist dementsprechend gar nicht die Rede. Die Grundsätze, von denen diese Entscheidung ausgeht, werden von V. Hoeniger in LZ. 1911 578 ff. angegriffen. V. Hoeniger meint (583), wenn die Ablieferung erfolgt sei, seien die Gewährleistungsansprüche bereits entstanden, auch wenn der Käufer die Sache nicht angenommen habe. Das ergebe mit Sicherheit § 477 BGB. und § 377 HGB. Wir haben oben ausgeführt, daß nach unserer Ansicht die Entstehung der Gewährleistungsansprüche Annahme der Sache voraussetzt. Auf diesem Standpunkte stehen auch die Reichsgerichtsentscheidungen in RG. 53/73; 65/247; Gruch. 53/940; und in Jur. Woch. 05/230 Nr. 7. V. Hoeniger argumentiert demgegenüber wie folgt: Das Gesetz bestimme den Zeitpunkt, nach dem sich die Haftung des Verkäufers für Mängelfreiheit richte, im § 459 BGB. dahin, daß der Gefahrübergang maßgebend sei. Dies sei aber nicht zugleich der Zeitpunkt, in dem die Gewährleistungsansprüche des Käufers zur Entstehung gelangten, denn bei mangelhaften Sachen trete überhaupt kein Gefahrübergang ein, da der Verkäufer nach wie vor die Gefahr zufälligen Untergangs trage. Dies ist indessen nur in dem Falle zutreffend, daß der Käufer Wandelung wählt, nachdem er die Sache angenommen hat. Wählt er nämlich Minderung, so behält er die Sache und es bleibt dabei, daß er die Gefahr vom Augenblick der Uebergabe an trägt (§ 446 BGB.). Entscheidet er sich andererseits vor Annahme der Sache für Wandelung, so kommt es gar nicht zur Uebergabe, da, wie wir oben ausgeführt haben, die Rückgewähr der Kaufsache durch Nichtannahme bewirkt werden kann. Hier ist allerdings der Wandelungsanspruch naturgemäß nicht von einer Annahme der Sache abhängig. Der Käufer muß aber erklären, daß er die Sache deshalb nicht annehme, weil er wandeln wolle. Hierin liegt dann eine

Art Annahmesurrogat. Der Käufer verfügt gleichsam über die Sache, indem er sie dem Verkäufer wieder zur Verfügung stellt. Erst in dem Augenblick, in dem der Käufer diese Bestimmung trifft, tritt die Konkretisierung ein.

Der Fall, in dem V. Hoenigers Bedenken zutreffen, ist wie gesagt, der, in dem der Käufer nach erfolgter Annahme Wandelung begehrt. Auch in diesem Falle kann aber der Zeitpunkt der Konkretisierung nach unserer Ansicht nur derjenige sein, in dem die Annahme erfolgt. In diesem Augenblick geht auch die Gefahr zunächst auf den Käufer über. Daß dieser infolge der Mangelhaftigkeit der Sache das Recht hat, die Wirkungen des Gefahrüberganges wieder rückgängig zu machen, ändert nichts daran, daß der Zeitpunkt des § 459 BGB. eingetreten war.

V. Hoeniger hält die Fassung des § 459 BGB. für unglücklich und meint, es müsse eigentlich heißen: „. . . . zu der Zeit, in welcher bei mangelfreien Sachen die Gefahr auf den Käufer übergehen würde . . . .“ Wir sind demgegenüber der Ansicht, daß auch bei mangelhaften Sachen der Zeitpunkt des Gefahrübergangs deutlich bestimmbar bleibt und daß die Wirkungen, die ihm das Gesetz beimißt, auch dann an ihn geknüpft bleiben, wenn die Gefahr später durch ein Wandelungsbegehren des Käufers wieder auf den Verkäufer übergeht. V. Hoeniger stützt sich weiter darauf (582) daß das Gesetz dem Käufer, der in Kenntnis eines Mangels die Sache annimmt, die Ansprüche der §§ 462, 463 nur zuspricht, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält. Aus dieser Fassung könne man schließen, daß die Rechte schon vor der Annahme entstanden sein müßten, denn der Käufer könne sich doch nicht bei der Annahme Rechte vorbehalten, die erst mit der Annahme zur Entstehung gelangten. Wir sind demgegenüber der Meinung, daß man sich auch zukünftige Rechte vorbehalten kann, und daß dementsprechend die Fassung des Gesetzes der von uns vertretenen Ansicht nicht widerspricht.

V. Hoeniger kommt auf Grund seiner Ausführungen zu dem Ergebnisse, daß der im Verzuge befindliche Verkäufer diesen Verzug durch das Angebot einer mangelhaften Sache heilen könne. Denn solange sich der Käufer noch nicht für Nachlieferung (gemäß § 480) entschieden habe — und das habe er durch die bloße Zurückweisung noch

nicht getan — könne der Verkäufer durch Nachleistung nicht mehr erfüllen. Daher sei, da die Leistungsmöglichkeit fehle, auch kein Verzug mehr möglich. Die ursprüngliche Leistungspflicht habe sich durch das mangelhafte Erfüllungsangebot in eine Wahlschuld umgewandelt, nämlich derart, daß nunmehr der Käufer zwischen den aedilizischen Rechtsbehelfen und dem Nachlieferungsanspruch wählen könne.

Wir sind mit der herrschenden Meinung der Ansicht, daß sich eine Gattungsschuld durch das zurückgewiesene oder nicht angenommene Angebot einer mangelhaften Sache noch nicht in eine Speziesschuld umwandelt. (So Staub, zu 377 Anm. 3 B 1; RG. s. o. und in Jur. Woch. 1913/130,5.) Erst mit der Uebergabe (Annahme) ist der Vertrag, wenn auch mangelhaft, erfüllt. (So: Staub aaO.; RG. 57/399; 55/202; 53/72,90; Jur. Woch. 1914/295; 1911/539 Nr. 12; 05/230 Nr. 7; Warn. Rspr. 1912/204; 1917/83; 1908/200; Staub, Vorb. vor 373 Anm. 69, 70 a und b.)[1])

(Zustimmend weiterhin auch Oertman aaO. γ γ)

Fassen wir das Ergebnis unserer Betrachtungen zusammen, so lassen sich folgende Sätze aufstellen:

1. Die Haftung für Rechtsmängel gehört zur Leistungspflicht des Verkäufers.
2. Die Haftung für Sachmängel gehört bei Spezieskäufen nicht zur Leistungspflicht des Verkäufers, wohl aber
3. bei Gattungskäufen. Hier ist das Angebot einer mangelhaften Sache nicht vertragsmäßig, kann aber
4. vom Verkäufer angenommen und dadurch kann die Konkretisierung auf die mangelhafte Sache herbeigeführt werden. Der Käufer hat dann die aedilizischen Rechtsmittel und den Anspruch aus § 480 BGB. in elektiver Anspruchskonkurrenz.

---

[1]) Dies ist auch historisch begründet: die gemeinrechtlichen Theorien über den Zeitpunkt der Konkretisierung (Ausscheidung, Anzeige, Lieferung usw.) ließen zuletzt der Iheringschen (Jb. 4/5) Meinung den Vorrang. (Vgl. hierzu auch Dernburg PrR. II § 138, s. Staub aaO. Anm. 17.) Hier wurde zwar, wie Staub zutreffend ausführt, die Leistungshandlung, nicht der Leistungserfolg, als maßgebend angesehen, jedoch immer mit der Einschränkung, daß die Stücke vertragsmäßig sein müßten. S. auch Oertmann Erl. 4 zu 243, und Adlers Abhandlung in Grünhuts Zeitschrift 39/525 ff., wo festgestellt wird, daß Leistung mangelhafter Stücke den Schuldner nicht bindet.

5. Die Annahme kann dadurch ersetzt werden, daß der Käufer Wandelung begehrt und die angebotene Sache dem Verkäufer („als gewandelt") beläßt.

Was ergibt sich nun aus diesen Feststellungen für die Lehre von der Annahmelast des Käufers?

Wir haben oben angeführt, daß der Käufer bei Vermeidung der Gläubigerverzugsfolgen die ihm gemäß § 294 BGB. angebotene Leistung annehmen muß. Ist die Leistung, die der Schuldner anbietet, nicht so angeboten, wie sie zu bewirken ist, so kann der Gläubiger auch nicht in Annahmeverzug geraten.

Die Entscheidung der Frage, ob Gläubigerverzug oder bei Gattungsschulden auch Konkretisierung eintritt, wenn der Gläubiger eine ihm mangelhaft angebotene Sache aus einem anderen Grunde ablehnt, als weil sie mangelhaft ist, hängt nach dem oben Gesagten lediglich davon ab, ob die Annahmelast mit dem Angebot objektiv zur Entstehung gelangt ist, oder nicht.

Mit dem Angebot einer mangelhaften Speziessache gelangt die Annahmelast zur Entstehung. Der Schuldner bietet das an, was er schuldet, nämlich die, wenn auch mangelhafte, Speziessache. Der Käufer kann die Sache nur zurückweisen, wenn er gleichzeitig Wandelung begehrt. Dies muß aber ausdrücklich geschehen, da die Wandelung nur auf Verlangen des Käufers eintreten kann. Da der Käufer wegen der Mangelhaftigkeit keine anderen als die aedilizischen Ansprüche hat, und da diese erst mit der Annahme zur Entstehung kommen, so muß er annehmen, wenn er nicht ausdrücklich Wandelung begehrt, in welchem Falle, wie gesagt, die Annahme dadurch ersetzt werden kann, daß der Käufer die Sache dem Verkäufer „als gewandelt" beläßt[1]). Hiervon macht u. E. auch der Fall keine Ausnahme, in dem vertraglich eine Nachbesserungspflicht vereinbart ist. Planck (S. 293) führt hierzu aus, daß die Leistung der Sache ohne Nachbesserung sich als bloße Teilleistung darstelle, die der Schuldner gemäß § 266 BGB. zu bewirken nicht berechtigt sei. (So ferner: Schollmeyer Iher. Jb. 49/101 ff.; Krückmann,

---

[1]) Es ist hierbei gleichgültig, ob man der sog. Vertragstheorie folgt oder sich der sog. Anspruchstheorie anschließt. Jedenfalls muß sich der Käufer ausdrücklich auf seinen Anspruch berufen.

Arch. ziv. Pr. 101, 180 A. 122.) Dies ist nach unserer Ansicht nicht anzunehmen. Die Nachbesserungspflicht ist auch hier nicht eo ipso Bestandteil der Leistungspflicht. Sie kann vielmehr nur unter den gleichen Bedingungen zur Entstehung gelangen, wie die aedilizischen Ansprüche. Der Käufer muß also die Sache ausdrücklich als mangelhaft bezeichnen und den Verkäufer zur Nachbesserung auffordern.

Planck stellt aaO. die Ansicht auf, der Käufer komme durch Ablehnung der mangelhaften, schon beim Kaufabschluß mit dem Mangel versehenen Sache nicht in Annahmeverzug, wenn sich der Käufer nicht gleichzeitig zur Erfüllung der Gewährschaftsansprüche nach Wahl des Käufers erbiete. Die gleiche Ansicht findet sich vertreten bei Düringer-Hachenburg III, 2, 97 ff.; Staub, II, 9, 537 § 373 Erl. 2 a; ablehnend dagegen Kieler OLG. 16/399 ff. Oertmann § 433 2 a δ, β, β; Wolff, Iher. Jb. 56/8, Adler aaO. 482, Haymann aaO. (17). Planck sagt, die Sachlage sei im Wesentlichen die Gleiche, wie bei Wahlforderungen mit Wahlrecht des Gläubigers, wenn nicht die sämtlichen Leistungen alternativ angeboten würden. Dies halten wir nicht für zutreffend. Der Verkäufer ist nach unserer Meinung nicht verpflichtet, zugleich mit der mangelhaften Sache die Erfüllung sämtlicher Gewährschaftsansprüche anzubieten, und zwar deshalb nicht, weil die Gewährschaftsansprüche, wie wir versucht haben nachzuweisen, nicht schon mit dem mangelhaften Angebot als solchen, sondern erst mit der Annahme dieses Angebots entstehen (ebenso wie die Konzentration beim Angebot einer mangelhaften generisch bestimmten Sache). Auch im Falle eines mangelhaften Angebots also entsteht die Annahmelast, wenn die Kaufsache als solche individuell bestimmt ist. Der Käufer muß annehmen oder sich auf den Mangel berufen. Planck gibt das aaO. für den Fall zu, daß eine Arbitrageklausel verabredet ist, (vgl. RG. 73/259; Dür.-Hach. III, 2, 248 Er. 19., denen Planck zustimmt). Nach seiner oben zitierten Ansicht müßte sich der Verkäufer gleichzeitig mit dem Angebot noch ausdrücklich zur Minderung bereit erklären. Hiervon will Planck absehen, weil die Annahme „keine Mehrbelastung des Käufers" darstelle. Wir stimmen ihm darin bei.

Lehnt der Käufer also eine mangelhafte Sache ab, ohne sich auf den Mangel zu berufen, so kommt er in Annahme-

verzug, wenn es sich um einen Spezieskauf handelt und der Mangel ein Sachmangel ist.

In allen anderen Fällen kommt der Käufer auch dann nicht in Verzug, wenn er die Sache ohne Angabe von Gründen oder unter Angabe eines anderen Grundes ablehnt. Denn hier verstößt der Verkäufer durch das mangelhafte Angebot gegen seine Leistungspflicht.

Das Angebot einer mangelhaften, nur der Gattung nach bestimmten Sache kann nicht nur unter ausdrücklicher Berufung auf den Wandelungs- oder Nachlieferungsanspruch zurückgewiesen werden, sondern schon deshalb, „weil der Käufer die mangelhafte Sache als gar nicht geschuldet behandeln darf". So: Oertmann, S. 293 unter Berufung auf RG. 54/81; Jur. Woch. 04/198 Ziff. 7, a. M. Schollmeyer Iher. Jb. 49/101, 103; gegen ihn Breit, Vinkulationsgeschäft, S. 125; vergl. auch die am Eingang unserer Erörterung zitierte RgE. 111/89, hier S. 41.

Bietet der Verkäufer eine mit einem Rechtsmangel behaftete Sache an, so verstößt er gleichfalls gegen seine Leistungspflicht, wie wir oben dargelegt haben. In diesen Fällen bietet er die Leistung nicht so an, wie sie geschuldet wird. Der Käufer kann also nicht in Annahmeverzug kommen, weil die Bedingungen, die §§ 293, 294 BGB. für die Entstehung der Annahmelast setzen, vom Verkäufer nicht erfüllt sind. Hinsichtlich der Rechtsmängel ist hierbei zu beachten, daß die in § 434 BGB. enthaltene Verpflichtung des Verkäufers in erster Linie die „Befreiung des verkauften Gegenstandes von dem Rechte des Dritten und (erst) im Falle der Nichterfüllung dieser Verpflichtung die Gewährleistung wegen dieses Mangels im Rechte" ist. (So: Planck zu § 434; Erl. b a β unter ββ; RG. in Jur. Woch. 08/35; in Warn. Entsch. 08/487 Nr. 613; auch OLG. 24/317.) Das Reichsgericht betont in 83/214 besonders, daß diese Verpflichtung „gleichzeitig mit der Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung zu erfüllen sei", insbesondere im Falle des Kaufes unter Eigentumsvorbehalt. Nach unserer und der oben angeführten Ansicht von Enneccerus u. A. ist diese Verpflichtung geradezu ein Teil der Eigentumsverschaffungspflicht.

Der Käufer kann also ein mangelhaftes Angebot ohne Angabe von Gründen ablehnen, wenn es sich um einen Gattungskauf oder um einen Rechtsmangel handelt. Liegt aber

ein Spezieskauf und ein Sachmangel vor, so hat er zwar eine „justa causa", das Angebot abzulehnen, nämlich das Wandelungsbegehren. Er muß aber diesen, die Annahmelast beseitigenden Anspruch ausdrücklich geltend machen, d. h. mit anderen Worten den Mangel als Grund der Ablehnung angeben und gleichzeitig die Wandelung begehren.

Es ist demnach, insbesondere beim Kauf von Wertpapieren, stets für die Frage des Annahmeverzuges erheblich, festzustellen, ob ein Sachmangel oder ein Rechtsmangel vorlag, wobei als Rechtsmangel auch ein Mangel hinsichtlich des Rechtskaufes, d. h. ein solcher des verbrieften Rechts (§ 437 BGB.) zu gelten hat. (Vgl. hierzu besonders Martin, Die Mängelhaftung beim Kauf von Wertpapieren, Göttinger Diss. 1930, S. 29 ff.).

Schließlich ist es von Erheblichkeit, ob es sich um eine Gattungs- oder Speziesschuld handelt. Konkretisierung tritt bei einem mangelhaften Angebot stets erst mit der Annahme ein.

Lebenslauf.

Ich bin am 21. Februar 1908 in Kiel geboren. Meine Eltern sind der Korvettenkapitän a. D. Hermann Eduard v. Simson und seine Frau Marianne geb. Rauhaus.

Ich habe die Vorschule in Essen und Zürich und sodann das Burggymnasium in Essen besucht. Von Herbst 1921 an besuchte ich das Joachimsthalsche Gymnasium in Templin (Uckermark), von dem ich im Februar 1926 mit dem Zeugnis der Reife entlassen wurde.

Mein Studium begann ich im Sommersemester 1926 in Berlin. Die folgenden drei Semester studierte ich in Freiburg, um dann für weitere drei Semester wieder die Universität Berlin zu besuchen.

Am 8. Februar 1930 bestand ich das Referendarexamen in Berlin. Seitdem war ich der Reihe nach dem Amtsgericht Templin, dem Landgericht I Berlin und der Staatsanwaltschaft I Berlin zur Ausbildung überwiesen.

Augenblicklich bin ich in der Anwaltstation beschäftigt.

Die mündliche Prüfung zum Doktorexamen bestand ich am 30. November 1931 in Freiburg.

Die vorliegende Arbeit verdankt ihre Entstehung einer Anregung von Herrn Professor Dr. Hoeniger. Ich möchte ihn an dieser Stelle meiner aufrichtigsten Dankbarkeit für die mir erwiesene Güte und freundliche Förderung versichern.